Schadensersatzansprüche aus Lieferung mangelhafter Ware.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Christian Gemmecker

Gerichtsreferendar aus Hartergrund.

Marburg 1934

Buch- u. Verlags-Druckerei Heinrich Kuhaupt, Corbach (Waldeck) / Ruf 657.

Schadensersatzansprüche aus Lieferung mangelhafter Ware.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Christian Gemmecker
Gerichtsreferendar aus Haxtergrund.

Marburg 1934

Buch- und Verlags-Druckerei Heinrich Kuhaupt, Corbach.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen im April 1934.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

Meinem Vater.

Schrifttum.

Beer: Arglistiges Verschweigen (D. J. Z. 1904, 88 ff.).
v. Blume: Der Schadensersatzanspruch des Käufers (Iherings Jahrbücher 55, S. 209 ff.).
Brodmann: Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB. (Iherings Jahrbücher, S. 187 ff.).
Brecht: System der Vertragshaftung (Iherings Jahrbücher 53, S. 213.).
Brütt: Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907.
Cosack: Allgemeine Lehren, 5. Aufl, 1910.
Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts: Recht der Schuldverhältnisse, 1902.
Dernburg: Die Schuldverhältnisse, 3. Aufl., 1906, 4. Aufl., 1915.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, I. Bd., 3. Aufl., 1930, IV. Bd., 3. Aufl., 1932, V. Bd., 1. Hälfte, 3. Aufl., 1932.
Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem bürgerlichen Recht (Gruch. Beiträge 43, S. 305 ff.).
Emerich: Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem BGB., 1899.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd., 4. Aufl., 1898, I. Bd, 9. Aufl., 1903.
Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 1931.
Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl., 1930.
Entscheidungen des Reichsgerichts:
Entscheidungen des Oberlandesgerichts Hamburg:
Geppert: Fahrlässigkeit beim Vertragsschlusse (Gruch. Beiträge 69, S. 529 ff.).
Gierke: Das Handelsgesetzbuch, 4. Aufl, 1933.

Haymann: Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf, 1913.
Heck: Grundriß des Schuldrechts, 1929.
Hein: Gewährleistungsrecht bei Falschlieferungen des Handelskaufs (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 87. Bd. S. 54 ff.).
Hellwig: Anspruch und Klagerecht, 1924.
Herholz: Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung (Arch. f. ziv. Praxis, 1929, S. 257 ff.).
Holländer: Zur Auslegung des Begriffes der zugesicherten Eigenschaft (Leipz. Zeitschrift 1913, S. 278.)
Jeß: Ueber den Analogieschluß und die §§ 463, 476 BGB. (Das Recht 1914, S. 81 ff.).
Jhering: Culpa in contrahendo (Jherings Jahrbücher 4, S. 1 ff.).
Jung: Bürgerliches Recht, 1931.
Kipp: Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen (D. J. Z. 1903, S. 253 ff.).
Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900.
Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, 1900.
Knoke: Gewährleistung und Mängelrüge (Handwörterbuch der Rechtswissenschaften 1927 Bd. 2.)
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd. 1. Teil, 1906.
Kohler: Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß (Arch. f. ziv. Praxis, 80, 141 ff.).
Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß (Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 101, S. 1 ff.).
Krückmann: Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung (Jherings Jahrbücher 52, S. 428 ff.).
Krückmann: Einmal unmöglich — immer unmöglich (Leipz. Zeitschr. 1916, S. 713 ff.).
Kuhlenbeck: Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, I. Bd., 2. Aufl., 1903.
Kuhlenbeck: Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse (D. J. Z. 1905, S. 1142 ff.).
Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen bürglichen Gesetzbuche, 1903.
Lenel: Der 63. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (D. J. Z. 1907, S. 453 ff.).

Fr. Leonhard: Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse, 1896.
Fr. Leonhard: Verschulden beim Vertragsschlusse, 1910.
Fr. Leonhard: Fahrlässigkeit und Unfähigkeit (Festgabe für Enneccerus, 1913, S. 3 ff.).
Fr. Leonhard: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (Arch. f. ziv. Praxis 1922, S. 14 ff.).
Fr. Leonhard: Die Beweislast, 2. Aufl., 1926.
Fr. Leonhard: Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen, 2. Aufl. 1926.
Fr. Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB., 1929.
Fr. Leonhard: Besonderes Schuldrecht des BGB., 1931.
v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1898.
Matthießen: Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung (Jur. Wochenschrift 1908, S. 60 ff.).
Matthießen: Zur analogen Anwendung des § 463 BGB. (Jur. Wochenschrift 1913, S. 516 ff.).
Modestus-Lipsiensis: Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung des Käufers durch den Verkäufer (Das Recht, 1908, S. 500 ff.).
Neumann: Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 5. Aufl., 1909.
Oertmann: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1927.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse 1. Abt., 5. Aufl., 1928, 2. Abt., 5. Aufl., 1929.
Planck-Strohal: Recht der Schuldverhältnisse, I. Teil, 4. Aufl., 1914, II. Teil, 4. Aufl., 1928.
Raiser: Schadenshaftung bei verstecktem Dissenz: Arch. f. ziv. Praxis 1927, S. 1 ff.).
Reichsgerichtsräte-Kommentar: Das Recht der Schuldverhältnisse 2. Aufl., 1913, 6. Aufl., 1928.
Regelsberger: Zur Lehre von der Einrede des nichterfüllten Vertrages (Iherings Jahrbücher, 40. Bd., S. 249 ff.).
Riehl: Ein unbefriedigender Rechtszustand auf dem Grundstücksmarkte (D. J. Z., 1913, S. 377 ff.).
Rosenberg: Die Beweislast, 2. Aufl. 1923.
Scherer: Recht der Schuldverhältnisse 1899.
Schroeder: Zur Lehre von der Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache, 1903, (Diss. Halle-Wittenberg).

Schollmeyer: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf (Iherings Jahrbücher 49, S. 93 ff.).

Schöller: Nochmals Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. (Gruch. Beiträge 45, S. 511 ff.).

Schöller: Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. (Gruch. Beiträge 44, S. 603 ff.).

Schlegel: Erfüllung mit mangelhaften Sachen (Marburger Dissertation 1927).

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., 1926.

Staffel: Zur Erläuterung der §§ 325, 326 BGB. (Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 92, S. 467 ff.).

Staudinger-Kober: Recht der Schuldverhältnisse, I. Teil, 9. Aufl., 1930, II. Teil 9. Aufl., 1928.

Staub: Der 53. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (D. J. Z. 1903, S. 389).

Staub: Die positiven Vertragsverletzungen, 1904.

Staub-Koenige: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 12./13. Aufl., 1926, IV. Bd., 12./13. Aufl., 1927.

Staub-Pinner: 3. Bd., 14. Aufl., 1933.

v. Thur: Die neue Literatur zum bürgerlichen Gesetzbuch (D. J. Z. 1901, S. 445 ff.).

v. Thur: Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages? (D. J. Z. 1904, S. 759 ff.).

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung, 1900.

Titze: Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1932.

Warneyer: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche, I. Bd., 2. Aufl., 1930.

Westrum: Ueber die Rechtslage bei arglistiger Täuschung (Jur. Wochenschrift, 1907, S. 39 ff.).

M. Wolff: Sachenrecht, 8. Aufl., 1929.

M. Wolff: Sachmängel beim Kauf (Iherings Jahrbücher 56, S. 1 ff.).

Zitelmann: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, Allg. Teil, 1900.

Zitelmann: Nichterfüllung und Schlechterfüllung (Bonner Festgabe für Krüger, S. 265 ff.).

Inhaltsangabe.

1. Kapitel:

Einleitung.

§ 1. Allgemeines.

Sehr oft ist die Ursache eines Rechtsstreites, bildet den Gegenstand einer Anfrage bei einem Anwalte, ist die Quelle einer Fülle von Zweifeln die Leistung einer mangelhaften Ware, mit der der Schuldner seiner Verpflichtung nachzukommen glaubt. Es bedarf daher wohl keiner Rechtfertigung, wenn in dieser Abhandlung eine Untersuchung von Ansprüchen erfolgt, die sich aus der Lieferung von fehlerhaften Sachen ergeben. Diese Ansprüche stützen sich, soweit sie eine vertragliche Grundlage haben, vornehmlich auf einen Kaufvertrag. Für die Folge soll daher nur von diesem Vertrage gesprochen werden. Der Tauschvertrag findet an einer Stelle nur deshalb Erwähnung, weil bei ihm eine Streitfrage praktischere Bedeutung gewinnt als bei dem Kaufvertrage. Anstatt Schadensersatzansprüche geltend zu machen, kann der Käufer auch Wandlung oder Minderung verlangen. Diese Rechte hat er dann, wenn die Sache zur Zeit des Gefahrüberganges mit erheblichen Fehlern behaftet ist. (§ 459, 462 BGB.). Wenn Wandlung verlangt wird, dann wird der Kaufvertrag rückgängig gemacht. Der Verkäufer erhält seine Ware, der Käufer sein Geld zurück, und damit sind die vertraglichen Bindungen und Beziehungen beseitigt. Wenn der Käufer dagegen Minderung begehrt, dann bleibt der Vertrag bestehen, während der Kaufpreis gemindert wird. Denn das Verhältnis zwischen Ware und Preis ist wegen der der Sache anhaftenden Fehler ungerecht, und eine Herabsetzung des Kaufpreises erscheint daher geboten.

Von diesen Ansprüchen sowie dem auch in Betracht kommenden Rücktrittsrecht soll nicht gesprochen werden.

Was sie betrifft, so soll am Schlusse der Arbeit nur geprüft werden, ob neben den besonderen Ansprüchen des Kaufrechtes noch die aus allgemeinen schuldrechtlichen Gesichtspunkten entspringenden Rechte gegeben sind (6. Kapitel).

Die Schadensersatzansprüche, die der Käufer erheben kann, können sich auf eine Vertragsverletzung (2. Kapitel), auf ein Verschulden beim Abschlusse des Vertrages (3. Kapitel), auf einen besonderen Haftungsvertrag (4. Kapitel) oder eine unerlaubte Handlung gründen (5. Kapitel).

2. Kapitel:

Schadensersatzansprüche aus Vertragsverletzungen.

§ 2. Die Unmöglichkeit.

Vertragsverletzungen können die Grundlage von Schadensersatzansprüchen bilden. Als solche kommen die Unmöglichkeit, der Verzug oder die Begleitschädigung (positive Vertragsverletzung) in Betracht.

Unmöglich ist eine Leistung dann, wenn sie nicht erbracht werden kann. Wenn der Schuldner die verkauften Möbel zerstört, so liegt Unmöglichkeit vor. Wenn er sie aber nur beschädigt, so fragt es sich, ob eine derartige Mangelhaftigkeit der gelieferten Ware eine Unmöglichkeit begründen kann.

Eine Ansicht 1.) verneint diese Frage. Sie geht von einem physischen Begriffe der Unmöglichkeit aus und kommt zur Verneinung, da im physischen Sinne eine mangelhafte Sache immer noch dieselbe sei 2.) und daher auch als ein zur Erfüllung geeigneter Gegenstand anzusprechen sei. Diese Meinung verkennt aber, daß für das Recht nicht physische Begriffe, sondern wirtschaftliche Erwägungen maßgebend sind und daß ein Zustand einer Sache dann eine Unmöglichkeit hervorruft, wenn er im Rechtssinne als solche erscheint. Wenn das verkaufte Faß ein Loch hat, so liegt — pyhsisch gesehen — dieselbe Sache vor; aber trotzdem kann von einer Erfüllungsmöglichkeit nicht mehr die Rede sein. Die Leistung kann nicht so erbracht werden, wie sie zu erbringen war, und in einem solchen Falle liegt teilweise Unmöglichkeit

---

1.) Krückmann, Arch. f. ziv. Praxis, 101, S. 168; Leipz. Zeitschrift 1916, S. 715.

2.) Krückmann, a. a. O. 101, S. 156.

vor. Auch aus den Bestimmungen der §§ 138 und 134 BGB., nach denen die sittenwidrigen oder gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Leistungen nichtig, also den objektiv unmöglichen gleich gestellt sind (§ 306 BGB.), läßt sich entnehmen, daß es nicht auf naturwissenschaftliche Begriffe, sondern auf rechtliche Beziehungen ankommt.

Die Lehre Krückmanns ist daher abzulehnen und der Ansicht 3.) beizupflichten, die bei Mangelhaftigkeit der gelieferten Ware eine Nichterfüllung annimmt.

Für die rechtlichen Folgen kommt es darauf an, ob eine vollständige oder teilweise Nichterfüllung gegeben ist. Der Gläubiger kann bei nachfolgender vollständiger Unmöglichkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung schlechthin verlangen. Im Falle einer teilweisen Nichterfüllung hat er dieses Recht nur bei fehlendem Interesse an der Leistung. Dagegen muß er sonst die Sache annehmen und kann nur den Schaden, der ihm durch die Mangelhaftigkeit der Sache entstanden ist, beanspruchen (§ 280 BGB. 7.).

Eine Lehre 4.) mißt bei der Frage, ob ganz oder teilweise erfüllt ist, der Unterscheidung zwischen teilbaren und unteilbaren Leistungen maßgebende Bedeutung zu. Sie erblickt in der Mangelhaftigkeit einer unteilbaren Leistung immer eine vollständige und niemals eine teilweise Unmöglichkeit. Teilbar ist eine Leistung nach § 752 BGB. dann, wenn sie sich ohne Verminderung ihres Wertes in gleichartige Teile zerlegen läßt. Diese Unterscheidung, die bei der Auseinandersetzung der Gemeinschaft, einer Form des gesellschaftlichen Zusammenschlusses mehrerer Personen, Bedeutung hat, ist aber hier belanglos. Sie ist bei der Teilung einer Gemeinschaft, die bei teilbaren Leistungen durch Sachteilung und bei unteilbaren durch Verteilung des aus ihnen erzielten Erlöses erfolgt, deshalb vorgesehen, um nach Möglichkeit allen Teilen gerecht zu werden. Dieser Grund trifft aber hier nicht zu. Auch eine mangelhafte unteilbare Leistung kann noch zur (teilweisen) Erfüllung dienen. So hat der Kunsthändler, der die Lieferung eines eingerahmten Bildes versprochen hat, immerhin teilweise erfüllt, wenn er das Bild ohne den verhältnismäßig geringwertigen Rahmen leistet. Denn der Vertragszweck kann durch die Lieferung des Bildes, das den wesentlichsten Teil der Vereinbarung

---

3.) Titze, Unmöglichkeit, S. 275; Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 303, 498; Enneccerus-Lehmann, S. 171.

4.) Kisch, Unmöglichkeit, S. 164, 165.

darstellt, noch teilweise erreicht werden. Umgekehrt kann aber auch bei einer teilbaren Leistung ein Mangel nicht nur eine teilweise, sondern eine völlige Unmöglichkeit begründen. Wenn jemand ein Paar Handschuhe kauft, aber nur einen geliefert erhält, so wird man nicht von einer teilweisen Erfüllung sprechen können. Es liegt vielmehr völlige Nichterfüllung vor, da der Vertragszweck durch die teilweise Leistung nicht einmal teilweise erzielt werden kann. Bei der Entscheidung der Frage, ob völlige oder teilweise Nichterfüllung gegeben ist, kommt es nicht auf die Teilbarkeit der Leistung an. Es ist vielmehr entscheidend, ob nach dem Inhalt des Vertrages, seinem Zweck und den Parteibestimmungen die Fehlerhaftigkeit als vollständige oder teilweise Unmöglichkeit erscheint. 5.). Auch die Ansicht 6.), daß man aus dem § 139 BGB. im Zweifel auf eine völlige Nichterfüllung schließen könne, geht fehl. Denn diese gesetzliche Bestimmung handelt von Rechtsgeschäften und nicht von Leistungen 7.).

Es sind nunmehr die Wirkungen und Folgerungen zu behandeln, die sich aus der Minderwertigkeit einer Sache ergeben. Sie sind andere, je nachdem es sich um eine Stück- oder um eine Gattungsschuld handelt.

I.) Die Stückschuld.

Eine Einzel- oder Stückschuld liegt vor, wenn Gegenstand des Schuldverhältnisses eine einzelne, individuell bestimmte Sache ist.

Die Fehler, die auftreten, können zu verschiedenen Zeitpunkten entstanden sein, und man unterscheidet infolgedessen zwischen ursprünglicher und nachfolgender Unmöglichkeit. Verschieden sind die Voraussetzungen, unter denen bei diesen beiden Erscheinungsformen dieser Vertragsverletzung eine Haftung eintritt.

1.) Die ursprüngliche Unmöglichkeit.

Es ist nicht unbestritten, welcher Zeitpunkt für die Abgrenzung zwischen ursprünglicher und nachfolgender Unmöglichkeit maßgebend ist. Eine Ansicht 8.) stellt es darauf ab, ob die Leistung zur Erfüllungszeit möglich ist oder nicht.

5.) Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 303.
6.) Kohler, S. 71.
7.) Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 303.
8.) Brecht a. a. O. S. 277.

Sie kann für sich anführen, daß es den Parteien gleichgültig ist, ob die Leistung zur Zeit des Vertragsschlusses erbracht werden kann, daß es ihnen vielmehr auf die Zeit der Erfüllung ankommt. Sie führt aber zu Widersprüchen mit gesetzlichen Bestimmungen und außerdem zu unbilligen Ergebnissen, so daß sie mit der h. M. 9.) abzulehnen ist. Der § 306 BGB. geht von einem Vertrage aus, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, und bringt dadurch zum Ausdruck, daß die Unmöglichkeit schon zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden hat. Für die h. M. spricht ferner die für betagte und bedingte Geschäfte getroffene gesetzliche Regelung (308 BGB.). Nach diesem Paragraphen ist der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag dann gültig, wenn die Unmöglichkeit der Leistung später wegfällt und der Vertrag unter dieser Bedingung geschlossen wird. Es ist also, wie aus dieser Vorschrift zu folgern ist, die Zeit des Vertragsschlusses maßgebend. Im Zeitpunkte der Erfüllung nämlich ist die Leistung möglich, und es wäre eine besondere Bestimmung über die Gültigkeit des Vertrages nicht nötig gewesen, wenn es wirklich auf den Zeitpunkt der Vertragserfüllung ankommen würde.

Gegen die Gegenansicht läßt sich auch der § 160 BGB. anführen. Nach ihm ist eine Schadensersatzpflicht dann begründet, wenn das von der Bedingung abhängig gemachte Recht während der Schwebezeit schuldhaft verletzt wird. Diese Haftung findet ihren Grund in der Regelung des § 280 BGB., daß der Schuldner für eine von ihm zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit einzustehen hat, und sie beweist infolgedessen, daß die Zeit des Vertragsschlusses maßgebend ist.

Die Gegenansicht ist auch wegen der unbilligen Ergebnisse, zu denen sie führt, abzulehnen. Nach ihr liegt, wenn dem Schuldner die Leistung nach dem Vertragsschlusse, aber vor der Erfüllung unmöglich wird, ursprüngliche und subjektive (nur für den Schuldner bestehende) Unmöglichkeit vor. Für eine solche hat der Schuldner, ohne daß ihn ein Verschulden zu treffen braucht, Schadensersatz zu leisten. 10.). Wenn ein Schuldner eine ihm nicht gehörige Sache verkauft und dann nicht liefern kann, so besteht eine Schadensersatzpflicht zu Recht; denn er hätte sich über seine Be-

---

9.) Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 305; Enneccerus-Lehmann, S. 158.

10.) so wenigstens die h. M.; s. Enneccerus-Lehmann, S. 103, 104 und die dort Zitierten.

rechtigung zum Verkaufe vergewissern können und müssen. Nach der Gegenansicht muß aber auch der Schuldner haften, der seiner Leistungspflicht deshalb nicht nachgekommen ist, weil er vor der Erfüllungszeit krank geworden ist. Dies ist ein unbilliges und unerträgliches Ergebnis, das allein schon eine Ablehnung der Gegenansicht rechtfertigt.

Als der für die Abgrenzung zwischen ursprünglicher und nachfolgender Unmöglichkeit entscheidende Zeitpunkt ist daher derjenige des Vertragsschlusses anzusehen.

Es ist nunmehr zu untersuchen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine ursprüngliche Mangelhaftigkeit der Ware eine Schadensersatzpflicht begründet.

Kohler 11.) sieht in der Lieferung einer bereits zur Zeit des Vertragsschlusses mangelhaften Sache eine Unmöglichkeit der Leistung und will einen Ersatzanspruch nach Maßgabe des § 307 BGB. gewähren 12.). Er stützt seine Ansicht auf die Erwägung, daß der Verkäufer eine mangelfreie Sache liefern muß, um seiner Erfüllungspflicht zu genügen 13.). Eine Begründung hierfür wird dem § 459 BGB. entnommen, nach dem der Verkäufer für erhebliche Fehler haftet 14.).

Diese gesetzliche Bestimmung vermag aber die Richtigkeit dieser Ansicht nicht darzutun. § 459 BGB. bringt nämlich nur zum Ausdruck, daß gehaftet wird, sagt aber nichts darüber, in welcher Weise eine Haftung eintritt und welches ihr Rechtsgrund ist.

Gegen die Annahme einer Schuldnerpflicht zur Leistung einer fehlerfreien Sache sprechen aber entscheidende Gründe. Einmal bezeichnet der § 433 BGB. als Verkäuferpflichten nur die Uebergabe der Sache und die Verschaffung des Eigentums und erwähnt die Lieferung einer mangelfreien Ware nicht. Die Rechte der §§ 459 f. f. BGB. sind, wie Leonhard ausführt 15.), dem Käufer nur gegeben, um eine Enttäuschung ausgleichen zu können. Sie wollen lediglich das ungerechte Verhältnis zwischen der mangelhaften Sache und dem Kaufpreise, der für eine von Fehlern freie Ware berechnet ist, beseitigen. Sie bringen nicht zum Ausdruck, daß nicht erfüllt wäre, sondern lassen die Frage der Erfüllung völlig unberührt.

11.) a. a. O., S. 71, 72, 73 12.) S. 73.

13.) ebenso Regelsberger, a. a. O., S. 269; Endemann, S. 992, Anm. 31.

14.) Endemann, a. a. O., S. 992, Anm. 31.

15.) Allg. Schuldrecht, S. 500.

Daher ist diese Ansicht abzulehnen und derjenigen beizupflichten, die annimmt, 16.), daß der Verkäufer einer Einzelsache nicht zur Lieferung in mangelfreien Zustande verpflichtet ist. Hierfür lassen sich außer der Tatsache, daß die Gründe der Gegenansicht nicht durchdringen, die Bestimmungen der §§ 480 und 634 BGB. anführen. Der Käufer einer Einzelsache hat nämlich nicht die Befugnis, einen mangelfreien Gegenstand oder Nachbesserung des fehlerhaften zu verlangen. Diese Tatsache erklärt sich daraus, daß der Verkäufer mit der Leistung der verkauften Sache seiner Erfüllungspflicht bereits genügt hat. Er darf nicht einmal eine andere Sache liefern. Denn nur diejenige, die er verkauft hat, ist Vertragsinhalt geworden und nur mit ihr kann erfüllt werden. Der Käufer hat nur die Möglichkeit, die Unbilligkeit, die in der Verpflichtung zur Zahlung des vollen Kaufpreises liegen würde, mit Hilfe der Gewährleistungsansprüche auszugleichen.

Auch die Regelung der Beweislast läßt sich gegen die Gegenansicht anführen. Die Beweislast trifft grundsätzlich denjenigen, der einen Anspruch geltend macht. Wenn die Lieferung der Sache in mangelfreiem Zustande zur Erfüllungspflicht gehören würde, so müßte der Zahlung verlangende Verkäufer die Fehlerlosigkeit beweisen, eine Folgerung, die auch gezogen wird. 17.). Dieses Ergebnis ist aber sehr unbillig. Für den Verkäufer, der die Sache dem Käufer bereits übergeben hat, ist es fast unmöglich, die Mängelfreiheit des Gegenstandes zu beweisen. Ihm fehlt jede Handhabe dafür, wann der Fehler entstanden ist. Diese Schwierigkeiten sind deshalb so groß, weil die Sache sich schon im Besitze des Käufers befindet und der Verkäufer daher keinen Anhaltspunkt für die Entstehungszeit des Mangels hat.

Es ist daher anzunehmen 18.), daß der Käufer die Beweislast für die Gewährleistungsansprüche hat und daß infolgedessen bei der Einzelsache die Fehlerlosigkeit der Ware nicht zur Erfüllungspflicht gehört.

Man kann auch nicht die Lieferung der Sache in mangelfreiem Zustande als stillschweigend versprochen ansehen. Denn ein solches Versprechen ist von den Parteien in keiner Weise zum Ausdruck gebracht, zumal ja der Verkäufer auch

---

16.) Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 498; Enneccerus-Lehmann, S. 379; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abt., S. 531, 532.

17.) Endemann, S. 992, Anm. 31.

18.) Enneccerus-Lehmann, S. 379, Anm 4; Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 499.

immer nur ein Interesse daran hat, den Gegenstand so, wie er ist, zu verkaufen. Wenn also die Sache in dem Zustande, in dem sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses befindet, geliefert wird, so kann ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht in Betracht kommen.

2.) Die nachfolgende Unmöglichkeit.

Tritt die Mangelhaftigkeit nach Kaufabschluß ein, so liegt nachträgliche Unmöglichkeit vor. Hier ist zu unterscheiden, ob der Schuldner sie zu vertreten hat oder nicht. Er hat in Ermangelung einer anderweitigen Bestimmung Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276 BGB.). Ist die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich geworden, den der Verkäufer nicht zu vertreten hat, so wird er frei, ohne Schadensersatz leisten zu müssen (§ 275 BGB.). Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um objektive, für jedermann vorhandene oder um subjektive, nur für den Schuldner bestehende Unmöglichkeit handelt (§ 275, Abs. 2 BGB.). Da der Kauf einen gegenseitigen Vertrag darstellt, so verliert der Verkäufer seinen Anspruch auf die Gegenleistung (323 BGB.).

Hat dagegen der Verkäufer die Mangelhaftigkeit zu vertreten, so hat er dem Käufer den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen (280 BGB.). Diese Folge tritt bei objektiver und subjektiver Unmöglichkeit ein. Denn aus dem Gesetze (275 Abs. 2) geht hervor, daß beide Arten der Unmöglichkeiten in gleicher Weise behandelt werden sollen.

Bei teilweiser Unmöglichkeit muß der Käufer den noch möglichen Teil annehmen und kann nur Schadensersatz wegen des unmöglich gewordenen Teiles fordern. Er kann daher beim Kaufe eines Stuhles, dem ein Bein fehlt, den Stuhl und eine Entschädigung wegen des Fehlens des einen Beines fordern. Hat aber die teilweise Erfüllung des Vertrages für den Käufer kein Interesse (325 BGB.), so kann er den noch möglichen Teil ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. Ein Buchhändler, der auf Bestellung eines Kunden eine bestimmte Anzahl von Büchern bei seinem Lieferanten gekauft hat, kann bei Untergang einiger Bücher Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit fordern, wenn er den übrig gebliebenen Teil an seinen Kunden nicht verkaufen kann, obwohl die restlichen Bücher als solche für ihn nicht wertlos sind.

Streit herrscht nun darüber, was unter Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verstehen ist.

Nach einer Ansicht (Differenztherorie) 19.) fällt, wenn der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt, auch seine noch mögliche Leistung fort; er erhält als Entschädigung den Mehrwert, den die ihm geschuldete Leistung gegenüber seiner eigenen hat. Nach einer anderen Theorie (Austauschtheorie) 20.) ist die möglich gebliebene Leistung auch weiterhin zu erbringen, während an die Stelle der unmöglich gewordenen der Schadensersatzanspruch tritt. Zwischen diese beiden Ansichten treten zwei Mittelmeinungen, die eine 21.), die den Differenzanspruch nach freiem Belieben gewährt, die andere, 22.) die diesen nur dann zubilligt, wenn dem Gläubiger die Verpflichtung, seine Leistung weiterhin bereit zu halten, nicht zugemutet werden kann. Der Unterschied zwischen den einzelnen Theorien tritt beim Kaufvertrage nicht deutlich hervor; er hat hier mehr theoretisches Interesse, da die möglich gebliebene Leistung in Geld besteht. Die Streitfrage soll daher an Hand eines Tauschvertrages erörtert werden, auf Grund dessen die mangelhafte Leistung auch erfolgt sein kann. Der Bauer A., der seine Jagdpacht aufgegeben hat, tauscht gegen seinen Jagdhund einen scharfen Hofhund von dem Jagdpächter B. ein; er fährt aber vor der Erfüllung des Vertrages in fahrlässiger Weise dem Jagdhund ein Bein ab, so daß seine Leistung als unmöglich anzusehen ist, und er ist infolgedessen schadensersatzpflichtig. Nach der Austauschtheorie besteht die Verpflichtung des B. zur Gegenleistung fort, nach der Differenztheorie erlischt sie. Nach den vermittelnden Theorien hat B. die Wahl, welchen Weg er gehen will.

Die Anhänger der Differenztheorie 23.) berufen sich auf den § 326 BGB., der dem Käufer die Möglichkeit gibt, daß er gegen den säumigen Verkäufer nicht nur auf den Erfüllungsanspruch angewiesen ist, sondern auch mit einem Schadensersatzanspruche vorgehen kann. Sie führen aus, daß der Schadensersatzanspruch von dem Erfüllungsanspruch nicht verschieden sei. Infolgedessen könne die Austauschtheorie nicht richtig sein, da durch § 326 BGB. ein neues und

---

19.) R. G. 50, S. 264; 53, S. 14; 58, S. 177; 127, S. 248; Schöller, a. a. O. 45, S. 524; 44, S. 613.

20.) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt., S. 282.

21.) Planck-Strohal, Recht der Schuldverhältnisse, 1 Teil, S. 379.

22.) Enneccerus-Lehmann, S. 187.

23.) R. G. 50, S. 264.

weitergehendes Recht dem Käufer habe gegeben werden sollen. Die Beweisführung geht aber fehl, da der Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch nicht zu denselben Ergebnissen führen 24.). So umfaßt der Schadensersatz-, nicht aber der Erfüllungsanspruch den entgangenen Gewinn (225 BGB.). Auch der § 376 HGB., nach dem der Schadensersatzanspruch als Erstattung des Differenzbetrages zu verstehen ist, läßt sich nicht für die Richtigkeit der Differenztheorie anführen. Diese gesetzliche Bestimmung bringt nämlich nur zum Ausdruck, was der Anspruch auf Entschädigung an dieser Stelle bedeutet, kann aber keine allgemeine Begriffsbestimmung geben, da sie nur einen einzelnen Fall betrifft. Die vom Gesetz gewählte Ausdrucksweise „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" (§ 280 BGB.) weist vielmehr mit aller Deutlichkeit darauf hin, daß darunter nicht der Differenzanspruch zu verstehen ist, sondern daß an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung der Schadensersatzanspruch tritt.

Für die Differenztheorie wird weiter angeführt 25.), daß die beiden Verpflichtungen von einander abhängig seien und daß der Wegfall der Leistung auch den Wegfall der Gegenleistung zur Folge habe. Zum Beweise beruft man 26.) sich auf den § 323 BGB., nach dem bei unverschuldeter Unmöglichkeit ein Anspruch auf die Gegenleistung nicht mehr besteht; man folgert weiter, die gleiche Regelung müsse auch bei der verschuldeter Unmöglichkeit Geltung haben, da andernfalls der Schuldner bei einer von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit mehr Rechte (nämlich den Anspruch auf Lieferung) habe, als wenn ihn für die Nichterfüllung ein Verschulden nicht treffe. Diese Folgerung ist aber nicht richtig. Denn bei verschuldelter Unmöglichkeit hat der Gläubiger auch ein Rücktrittsrecht (325 BGB.). Wenn er diesen Weg wählt, dann kann der Schuldner die Gegenleistung nicht verlangen (§ 327, 346 BGB.). Einen Anspruch auf Leistung hat der Schuldner folglich nicht immer, sondern nur dann, wenn der Gläubiger Schadensersatz verlangt.

Aus § 323 BGB. ergibt sich vielmehr auch, 27.), daß die Gegenleistung dann nicht fortfällt, wenn ein Ersatzstück vorhanden ist. Als ein solches Ersatzstück stellt sich

---

24.) Vergl. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt., S. 283.
25.) Staffel, Bd. 92, S. 467 ff., 475.
26.) Schöller, a. a. O. 44, S. 613.
27.) Leonhard, Allg, Sch., S. 484.

der Schadensersatzanspruch dar, der folglich bewirkt, daß die Gegenleistung weiterhin zu erbringen ist.

Der Differenzanspruch ist auch, worauf Leonhard 28.) hinweist, aus ethischen Gründen zu verwerfen. Ein Vertragsteil kann daraus, daß sein Gegner seiner vertraglichen Verpflichtung nicht nachkommt, nicht auch für sich das Recht herleiten, die Erfüllung zu verweigern. Der Vertrag muß, so weit dies möglich ist, erfüllt werden. Die Differenztheorie führt hier auch zu einem inneren Widerspruche. Einmal gibt sie dem Vertragsteil, der seiner Erfüllungspflicht noch nachkommen kann, die Befugnis, die Leistung zu verweigern und die vertragliche Verpflichtung umzustoßen, und zum andern gewährt sie ihm das Recht, auf Grund des Vertrages Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

Die Unzulänglichkeit und Unrichtigkeit der Differenztheorie zeigt sich auch bei den Verträgen zu Rechten Dritter 29.). Wenn man hier dieser Ansicht folgt, so muß sich der Dritte bei Unmöglichkeit der an ihn zu erfolgenden Leistung den Wert der Gegenleistung, die er gar nicht zu erbringen hat, anrechnen lassen. In diesem Falle ist nur die auf Grund der Austauschtheorie gewonnene Entscheidung, die zu einem Anspruche des Dritten auf vollen Schadensersatz führt, zutreffend und richtig.

Die Differenztheorie ist ferner wegen der unbilligen Ergebnisse, die sich bei ihr ergeben, abzulehnen. Sie zwingt den Verkäufer, seine Waren, die er aus irgend einem Grunde gern absetzen möchte, zu behalten. Vielleicht hat die Ware sogar nur einen solchen Mangel, dem gerade der Käufer keine entscheidende Bedeutung beimißt. Aber trotzdem muß der Verkäufer den Gegenstand behalten, und der Käufer braucht ihn nicht abzunehmen.

Aus allen diesen Gründen ist daher die Differenztheorie abzulehnen.

Die Ansicht, die dem Gläubiger ein Wahlrecht schlechthin zubilligt, ist schon deshalb bedenklich, weil sich eine Begründung für diese dem Gläubiger zu gewährende Befugnis nicht geben läßt. Die Zubilligung des Wahlrechts hat man durch die Erwägung zu rechtfertigen gesucht 30.), der Gläubiger biete seine noch mögliche Gegenleistung nur an Erfüllungsstatt (§ 364 BGB.) an. Wenn diese Ueber-

---

28.) Allg. Schuldrecht, S. 484.

29.) Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 485.

30.) Planck-Strohal, 1. Teil, S. 380.

legung zutrifft, so ist die Gegenleistung nicht mehr geschuldet, wobei allerdings noch der Zweifel bleibt, aus welchem Grunde der zum Schadensersatz Verpflichtete das Angebot annehmen muß. Wenn aber die Gegenleistung nicht mehr geschuldet ist, so handelt es sich hier letzten Endes um eine Erscheinungsform der Differenztheorie 31.). Diese Ansicht ist daher aus denselben Gründen, die gegen die Differenztheorie sprechen, abzulehnen.

Vielmehr ist im allgemeinen der Austauschtheorie zuzustimmen. Allerdings kann sie zu einem unbilligen Ergebnisse insofern führen, als der Gläubiger seine Gegenleistung immer bereit halten muß. Eine vermittelnde Theorie 32.) sucht diese sich ergebenden Folgerungen abzubiegen. Sie will dem Gläubiger in gewissen Fällen den Differenzanspruch zugestehen, nämlich dann, wenn ihm nicht zugemutet werden kann, die Gegenleistung weiter zur Verfügung zu halten. Diese Mittelmeinung, die sich als eine Abart der Austauschtheorie darstellt, ist auf dem richtigen Wege, da sie nur die harten Konsequenzen einer strengen Durchführung dieser Theorie beseitigen will. Nur ist die von ihr vorgenommene Abgrenzung, wie Leonhard mit Recht betont 33.), zu unbestimmt. Eine Entscheidung darüber, ob dem Gläubiger noch zugemutet werden kann, die Leistung zu erbringen, ist sehr schwierig und, da es an einer festen Handhabe fehlt, oft recht unsicher. Außerdem stellt es diese Ansicht ganz auf den Gläubiger ab und berücksichtigt nicht die Interessen des Schuldners, der die Ware vielleicht gern haben möchte. Aus diesen Gründen ist diese Abgrenzung abzulehnen. Leonhard 34.) dagegen unterscheidet, ausgehend von der Bestimmung des § 376 HGB., danach, ob der Gläubiger vertretbare oder unvertretbare Gegenstände schuldet, und gewährt den Differenzanspruch nur bei vertretbaren Waren. Der § 376 HGB. geht bei der Berechnung des Schadensersatzanspruches von der Differenztheorie aus. Wenn man auch aus dieser Einzelbestimmung noch nicht das Wesen des Schadensersatzanspruches entnehmen darf, so scheint doch eine analoge Anwendung dieses Paragraphen auf ähnliche Fälle angebracht. Bei Waren mit einem Markt- oder Börsenpreis, bei denen es sich um vertretbare Sachen handelt, ist der Differenzanspruch gegeben, weil hier der Schuldner die

31.) Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 486.
32.) Enneccerus-Lehmann, S. 187.
33.) Allg. Schuldrecht, S. 487.
34.) Allg. Schuldrecht, S. 488.

gekaufte Ware sich jederzeit anderweitig beschaffen kann und daher keinen besonderen Wert darauf legen wird, sie gerade von dem Verkäufer zu erhalten. Diese Ueberlegung trifft aber nicht nur bei Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, sondern bei allen vertretbaren Sachen zu, so daß eine analoge Ausdehnung des Grundgedankens des § 376 HGB. auf alle vertretbaren Gegenstände geboten ist. Diese Lehre verdient deshalb besonderen Beifall, weil sie in gleicher Weise auf die Interessen beider Parteien Rücksicht nimmt. Sie dient dem Schuldner, der die Ware gern erhalten möchte. Nur wenn es sich um vertretbare Sachen handelt und er infolgedessen kein besonderes Interesse daran hat, die Ware gerade vom Gläubiger zu bekommen, billigt sie dem Gläubiger den Differenzanspruch zu. Sie berücksichtigt auch den Gläubiger, indem sie ihm wenigstens in gewissen Fällen den Differenzanspruch zubilligt. Andererseits bietet diese Lehre für die Abgrenzung einen festen Maßstab und gibt die Möglichkeit, sicher und frei von jeder Willkür zu entscheiden. Ihr ist aus allen diesen Gründen zuzustimmen.

Zusammenfassend sei also gesagt, daß dem Schadensersatzanspruche die Austauschtheorie zu Grunde zu legen ist und daß der Differenzanspruch dem Gläubiger nur, wenn er vertretbare Sachen schuldet, zugebilligt werden kann.

Wenn ein Schadensersatzanspruch bei nachträglicher Unmöglichkeit gegeben ist, so fragt es sich, ob er auch der kurzen Verjährungsfrist des § 477 BGB. unterworfen ist. Zwar bezieht sich dieser Paragraph, durch den der Käufer in seinen Rechten sehr beschränkt wird, nur auf die Gewährleistungsansprüche, und es wird daher der Standpunkt vertreten 35.), diese Bestimmung habe für andere als die angegebenen Ansprüche keine Geltung. Für diese Ansicht läßt sich auch anführen, daß die Vorschrift des § 477 BGB. Ausnahmecharakter habe und die kurze Verjährung nur bei den Gewährleistungsansprüchen, die ohne jegliches Verschulden des Verkäufers dem Käufer gewährt sind und daher eine starke Belastung des Verkäufers bedeuten, gerechtfertigt sei. Der kurzen Verjährung unterliegen aber nicht nur die Ansprüche auf Wandlung und Minderung, sondern auch der Anspruch auf Schadensersatz wegen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft. Wenn diese aber eintritt, obwohl der Verkäufer eine besondere Zusicherung über die verkaufte

35.) Blume, Iherings Jahrbücher 55, S. 240.

Sache abgegeben hat, so muß die Bestimmung des § 477 BGB. umsomehr gelten, wenn der Verkäufer eine bestimmte Eigenschaft nicht zugesichert hat. 36.) Es ist daher die Lehre vorzuziehen 37.), die auch den Anspruch aus schuldhafter Vertragsverletzung der kurzen Verjährung unterwirft. Sie entspricht zwar nicht dem Wortlaute, wohl aber dem Sinne des § 477 BGB. Bei Mängeln einer verkauften Sache ist es schon nach einer gewissen Zeit nicht oder nur noch sehr schwer festzustellen, wann die Fehler enstanden sind. Die gesetzliche Bestimmung ist eingefügt worden, um zu erreichen, daß der Käufer auf eine schnelle Erledigung hinwirkt.

Dieselben Schwierigkeiten sind aber nicht nur bei den Gewährleistungsansprüchen, sondern auch bei denen, die ein Verschulden zur Grundlage haben und wegen der Lieferung einer mangelhaften Sache erhoben werden, vorhanden. Auch hier läßt sich bald nicht mehr ermitteln, ob und in welchem Umfange ein Fehler vorhanden war. Ein Umstand, der für eine gleiche Behandlung aller aus der Mangelhaftigkeit der Ware entspringenden Ansprüche spricht, ergibt sich auch aus § 480 BGB. 38.). Der in diesem Paragraphen gegebene Anspruch auf Nachlieferung ist ein Anspruch auf Vertragserfüllung und würde beim Fehlen einer anderweitigen Vorschrift der Verjährungsfrist von 30 Jahren unterliegen. Aber auch in diesem Falle ist die kurze Verjährung vorgeschrieben und dadurch angedeutet, daß dies bei allen Ansprüchen gelten soll (§§ 480, 477 BGB.). Für diese Ansicht lassen sich ferner auch die Bestimmungen der §§ 635, 638 BGB. anführen, nach denen der Schadensersatzanspruch wegen Fehler, die der Unternehmer zu vertreten hat, der kurzen Verjährung unterliegt. Wenn beim Werkvertrage eine gleiche Behandlung aller sich aus der Fehlerhaftigkeit von Sachen ergebenden Ansprüche gesetzlich festgelegt ist, so ist auch im verwandten Rechte des Kaufvertrages die Folgerung berechtigt, auf alle Ansprüche die Vorschrift des § 477 anzuwenden.

II.) Die Gattungsschuld.

Um eine Gattungsschuld handelt es sich dann, wenn Gegenstand des Schuldverhältnisses eine nur nach Gattungsmerkmalen bestimmte Sache ist.

36.) R. G. 53, S. 203.

37.) Enneccerus-Lehmann, S. 380; R. G. 53, S. 203.

38.) R. G. 53, S. 203.

1.) Die ursprüngliche Unmöglichkeit.

Nach § 279 BGB. hat der Schuldner sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihn ein Verschulden nicht trifft. Da Inhalt des Gattungsschuldverhältnisses meist vertretbare Sachen, d. h. solche, die im Verkehr nach Maß, Zahl und Gewicht bestimmt zu werden pflegen (§ 93 BGB.), sind, wird ursprüngliche Unmöglichkeit kaum vorkommen.

2.) Die nachfolgende Unmöglichkeit.

Wenn der Schuldner einer Gattungsschuld alles seinerseits Erforderliche getan hat, (§ 243, Abs. 2 BGB.), so verwandelt sich die Gattungsschuld in eine Einzelschuld. Vor dieser Vereinfachung kann eine Mangelhaftigkeit irgend einer Sache für einen Ersatzanspruch nicht in Betracht kommen, da ein bestimmter Gegenstand nicht geschuldet wird und der Schuldner mit einer anderen Sache seiner Erfüllungspflicht genügen kann. Nachträgliche Unmöglichkeit liegt vielmehr nur dann vor, wenn die Fehlerhaftigkeit nach der Vereinfachung, nach der Umwandlung der Gattungsschuld in eine Einzelschuld eingetreten ist.

Nach § 480 BGB. kann der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache an Stelle der Gewährleistungsansprüche einen Anspruch auf Nachlieferung geltend machen. Er hat also einmal die Möglichkeit, die mangelhafte Sache zu behalten und die Gewährleistungsansprüche zu erheben; er kann wandeln, mindern und unter Umständen Schadensersatz nach § 480 BGB. verlangen. Die Sachlage stellt sich so dar, als ob es sich nicht um eine Gattungs-, sondern um eine Einzelschuld handelte. Der Käufer hat aber auch einen Anspruch auf Nachlieferung; er kann die minderwertige Ware zurückweisen und eine neue, fehlerfreie fordern. Wenn der Käufer diesen Weg wählt, dann hat der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht noch nicht genügt.

Es kommt also einzig und allein auf den Käufer an, ob er den Vertrag als erfüllt ansehen will oder nicht.

Demgegenüber vertritt Schollmeyer 39.) die Ansicht, daß nicht die Entscheidung des Käufers maßgebend sei, sondern daß der Verkäufer Ware mittlerer Art und Güte zu leisten habe (§ 243 BGB.) und daß er immer — auch bei Verabredung besserer Ware — schon dann erfüllt habe,

39.) a. a. O. 96, S. 101.

wenn er der ihm durch § 243 BGB. auferlegten Verpflichtung nachgekommen sei. Diese Meinung trifft aber nicht zu und ist daher abzulehnen. 40.). Denn der Schuldner hat, wenn er entgegen dem Vertragsinhalte eine minderwertige Sache geliefert hat, das seinerseits Erforderliche noch nicht getan. Daher hat sich die Gattungsschuld noch nicht in eine Speziesschuld verwandelt, die erfüllt sein könnte. Beim Kaufe einer Gattungssache ist vielmehr die Frage, ob erfüllt ist oder nicht, nach § 480 BGB. zu beanworten. Nach dieser Vorschrift steht es im Belieben des Käufers, ob er die Lieferung der mangelhaften Sache als Nichterfüllung betrachten und eine andere fehlerfreie Sache verlangen, oder ob er sie als Erfüllung ansehen und Gewährleistungsansprüche geltend machen will. Wenn der Käufer die Ware annimmt, dann fallen Vereinfachung und Erfüllung zusammen. Es kann daher von einer nachträglichen Unmöglichkeit nicht gesprochen werden, und infolgedessen kann ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht in Betracht kommen. Zwar wird der Standpunkt vertreten 41.), daß der Käufer trotz Annahme einer mangelhaften Sache als Erfüllung noch einen Anspruch auf Nachlieferung und einen solchen auf Schadensersatz habe. Diese Ansicht steht aber mit dem Gesetze in Widerspruch und ist daher abzulehnen 42). Denn dieses gibt nur die Möglichkeit, die gelieferte Sache entweder als Erfüllung zu betrachten und die Gewährleistungsansprüche zu erheben oder als Nichterfüllung anzusehen und Nachlieferung zu verlangen. Es geht aber nicht an, die Leistung als vertragsmäßig anzunehmen und gleichzeitig auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu klagen. Der Käufer kann sich nur für das eine oder für das andere entscheiden.

Es ist weiter zu untersuchen, ob auch dann, wenn der Verkäufer eine andere als die bestellte Ware gesandt hat und der Käufer Nachlieferung nicht verlangt, die Umwandlung der Gattungsschuld in eine Einzelschuld eintritt oder weiterhin Nichterfüllung vorliegt. Hier trifft § 378 HGB. für einen Kauf, der für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, eine Bestimmung. Diese besagt, daß bei Lieferung einer anderen Ware als der bedungenen § 377 HGB. Platz greift, wenn die Lieferung von der Bestellung nicht so erheblich

---

40.) v. Blume, a. a. O., S. 237; Enneccerus-Lehmann, S. 21 Anm. 7.

41.) Haymann: Anfechtung, S. 33.

42.) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 2. Abt., S. 648; Enneccerus-Lehmann, S. 383; Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 81.

abweicht, daß eine Genehmigung als ausgeschlossen erscheinen muß.

Streit herrscht darüber, was die Verweisung auf den § 377 HGB. bedeutet, ob sie nur die nach § 377 HGB. erforderliche Mängelrüge betrifft und für den Tatbestand des § 378 HGB. vorschreibt oder ob sie auch die Anwendbarkeit der Gewährleistungsansprüche und die Nichtanwendbarkeit der Unmöglichkeitsregeln zum Ausdruck bringen soll. Es wird vielfach der Standpunkt 43.) vertreten, der § 378 HGB. schreibe nur eine Mängelrüge bei genehmigungsfähigen Waren vor, für die dann die Bestimmungen über die Unmöglichkeit gelten. Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich auf den Wortlaut, der nur den § 377 HGB. für anwendbar erklärt. Es ist richtig, daß dieser Wortlaut des Gesetzes eher für diese Meinung spricht. Denn der § 377 HGB. behandelt nur die Folgen einer erfolgten oder unterbliebenen Mängelanzeige, gibt dagegen keinen Aufschluß darüber, welche Rechte sich für den Käufer ergeben. Jedoch liegt in der Verweisung auf die Vorschriften des § 377 doch auch die auf die diesen zu Grunde liegenden materiellen Rechtssätze enthalten. Ferner ist es kein stichhaltiger Grund, wenn Düringer-Hachenburg 44.) die gegenteilige Ansicht deshalb ablehnen wollen, weil nach dieser gerade der Verkäufer, der eine genehmigungsunfähige Ware geliefert hat, nicht den Gewährleistungsansprüchen, also auch nicht dem Schadensersatzanspruche wegen Nichterfüllung (§§ 463, 480 BGB.), ausgesetzt ist. Denn diesen Verkäufer trifft der Schadensersatzanspruch der wegen Nichterfüllung (§ 280 BGB.) oder Verzug (§ 286 BGB.) gegeben ist.

Es ist vielmehr die Ansicht 45.) vorzuziehen, die für den Fall der Lieferung einer genehmigungsfähigen Sache die Gewährleistungsansprüche zubilligt. Diese Auffassung gründet sich auf den Sinn und den Zweck des Gesetzes. Durch die Einfügung des § 378 HGB. soll erreicht werden, daß auf die sachlich oft unberechtigte und willkürliche Unterscheidung verzichtet werden kann, ob eine andere oder nur eine mangelhafte Sache vorliegt und ob infolgedessen die Regeln über die Nichterfüllung oder die über die Gewähr-

---

43.) Düringer-Hachenburg, a. a. O. 5. Bd., 1. Hä. S. 360; Gierke, a. a. O., S. 611 und andere.

44.) a. a. O., S. 360.

45.) Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 82, Staub-Koenige, a. a O. 4. Bd., S. 399; Hein, S. 69; R. G. 86, S. 92; R. G. in L. Z. 1920, S. 859; Rechtsspr. O. L. G. 10, S. 342.

leistung anzuwenden sind. Außerdem entspricht es auch oft den berechtigten Interessen des Käufers, ihm nicht nur bei Lieferung einer fehlerhaften Ware die Möglichkeit, am Vertrage festhalten und mindern zu können, zu gewähren, sondern auch dann, wenn ihm eine andere der gewünschten ähnliche Sache geliefert wird, die er behalten möchte. Daher sind auch gegenüber genehmigungsfähigen Waren die Gewährleistungsansprüche gegeben, und es kommt § 480 BGB. zur Anwendung, so daß die oben entwickelten Grundsätze auch für diesen Fall gelten.

§ 3. Der Verzug.

Der Schuldner kann seine Schuldnerpflicht nicht nur dadurch verletzen, daß er die Erfüllung der Leistung vereitelt, sondern auch dadurch, daß er sie verzögert. Hier ist die Leistung auch weiterhin möglich; nur ist sie nicht zu dem vereinbarten Zeitpunkte erbracht worden. Es handelt sich um Fälle, in denen die Sache mit einem Mangel behaftet ist, der sich wieder beseitigen läßt. Wenn ein Fehler sich dagegen nicht beheben läßt, so liegt Unmöglichkeit vor, da die Sache in einem fehlerfreien Zustande nicht mehr geleistet werden kann. Erfolgt die Spätlieferung, ohne daß den Verkäufer ein Verschulden trifft, so entsteht eine Schadensersatzpflicht nicht. Ist dagegen die Leistung aus einem Grunde verzögert worden, den der Schuldner zu vertreten hat, so liegt Verzug vor. Er tritt allerdings regelmäßig erst dann ein, wenn nach Fälligkeit der Leistung eine Mahnung erfolgt (§ 284 BGB.). Die Streitfrage, ob die Mahnung ein Rechtsgeschäft 1.) oder eine Rechtshandlung 2.) ist, hat praktisch weniger Bedeutung, da beide Ansichten in der sehr bedeutenden Frage der Geschäftsfähigkeit der mahnenden Person zu demselben Ergebnisse gelangen, nämlich die volle Geschäftsfähigkeit fordern; sie soll deshalb ununtersucht bleiben. Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 286 BGB.). Er muß die Leistung weiterhin erbringen und für den Schaden einstehen, der durch die Verzögerung der Leistung entstanden ist. Es kann nun aber vorkommen, daß die Leistung infolge des Verzuges für den Gläubiger keinen Wert mehr hat. In diesem Falle wäre es ungünstig für ihn, wenn er trotzdem verpflichtet wäre, die Sache anzunehmen, und wenn er nur einen Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens hätte.

1.) Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 517.
2.) Enneccerus-Lehmann, S. 175.

Dieses ungünstige Ergebnis beseitigt § 286 Abs. 2 BGB., der bestimmt, daß der Gläubiger dann die Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen kann. Beim gegenseitigen Vertrage ist der Käufer noch besser gestellt. Es genügt hier wie bei der teilweisen Unmöglichkeit (§ 2 I 2) zur Ablehnung, daß er an der Erfüllung des Vertrages kein Interesse mehr hat.

Nicht nach den Regeln über den Verzug, sondern nach denen über die Unmöglichkeit bestimmt sich die schuldhafte Verzögerung der Leistung beim Fixgeschäft 3.). Ein Fixgeschäft liegt dann vor, wenn sich aus dem Vertragsinhalt ergibt, daß nur innerhalb einer bestimmten Frist geleistet werden kann, um der Erfüllungspflicht zu genügen. Für ein Fest sind Speise und Getränke bestellt, die aber einen Tag zu spät geliefert werden. Hier steht und fällt der Vertrag mit der rechtzeitigen Leistung. Durch die Lieferung zu einem anderen Zeitpunkte als zu dem vereinbarten kann der Vertragszweck nicht erreicht werden. Daher handelt es sich in diesem Falle um Unmöglichkeit und nicht um Verzug.

§ 4. Die Begleitschädigung.

Unmöglichkeit und Verzug sind nicht die einzigen Arten einer Beeinträchtigung des Forderungsrechts des Gläubigers. Eine weitere Erscheinungsform einer Schuldverletzung ist vielmehr die Begleitschädigung. Der Verkäufer liefert eine kranke Kuh. Hier kann der Käufer, wenn die Krankheit nach Kaufabschluß durch Verschulden des Verkäufers entstanden ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. Dieser Rechtsbehelf reicht aber dann nicht aus, wenn dem Käufer noch ein weiterer, durch diesen Ersatzanspruch nicht gedeckter Schaden entstanden ist. Ein solcher Fall ist dann gegeben, wenn die gekaufte Kuh den gesamtem Viehbestand des Käufers angesteckt hat. Für den Schaden, der in der Vernichtung des gesamten Viehbestandes des Käufers besteht, kann nach den Regeln über die Unmöglichkeit oder den Verzug eine Entschädigung nicht verlangt werden.

War die Kuh aber bereits zur Zeit des Kaufabschlusses krank und erkannte der Verkäufer die Krankheit später, so liegt weder Nichterfüllung (§ 2 I 1) noch Verzug und trotzdem eine Forderungsverletzung vor. Die Lehre 1.), daß sich alle Schuldverletzungen auf die beiden Gruppen der

3.) Enneccerus-Lehmann, S. 87.

1.) Heck, a. a. O., S. 120, 121.

Unmöglichkeit und des Verzuges aufteilen lassen, ist daher abzulehnen.

Staub 2.) hat diese Fälle einer Verletzung der Schuldnerpflicht entdeckt und positive Vertragsverletzungen genannt, weil es ein positives Tun sei, das die Ersatzpflicht begründe. 3.). Die Ausdrucksweise und die Abgrenzung treffen aber nicht zu. Es kommt nämlich nicht darauf an, daß das schuldhafte Verhalten in einem Tun besteht. Wenn der Verkäufer das verkaufte Buch verbrennt, so liegt ein positives Tun vor; aber trotzdem handelt es sich nicht um eine positive Vertragsverletzung, sondern um Unmöglichkeit.

Man hat diese Fälle treffender mit „Schlechterfüllung" 4.) zu bezeichnen geglaubt. Aber auch dieser Ausdruck kann irreführend wirken und ist daher für eine Abgrenzung ungeeignet. Man kann ihn nämlich dahin mißverstehen, als wenn es auf die schädigende Handlung ankomme. Die richtige Bezeichnung läßt sich nur dann finden, wenn die Abgrenzung zwischen den einzelnen Formen der Schuldverletzung richtig vorgenommen wird.

Oft wird dann von Schlechterfüllung oder positiver Vertragsverletzung gesprochen, wenn die gelieferte Sache mangelhaft ist. 5.). Aber die Fehlerhaftigkeit einer Sache kann sich doch auch als teilweise oder vollständige Nichterfüllung darstellen. Der gelieferte Anzug paßt nicht, in dem gekauften Buche fehlt eine Seite. In diesen Fällen, in denen die geschuldete Sache mangelhaft ist, handelt es sich nicht um eine positive Vertragsverletzung, sondern um Unmöglichkeit, da der Vertragszweck dadurch nicht erreicht werden kann.

Das Reichsgericht 6.) ist sogar so weit gegangen, in der Zahlungsunpünktlichkeit des Schuldners eine positive Vertragsverletzung zu erblicken. Diese Entscheidung ist unhaltbar. Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt den Tatbestand, daß eine Leistung nicht rechtzeitig erbracht wird, als Verzug, und es geht nicht an, entgegen dieser gesetzlichen Regelung eine Zahlungsunpünktlichkeit als positive Vertragsverletzung zu behandeln. Es handelt sich in dem Falle, der dem Reichsgericht zur Entscheidung vorgelegen hat, um Verzug,

---

2.) Staub: Die positiven Vertragsverletzungen, 1904.

3.) Staub, a. a. O., S. 5.

4.) Zitelmann (Bonner Festgabe für Krüger), S. 276.

5.) Jung, a. a. O., S. 721.

6.) R. G. Warn. 1925, Nr. 165, S. 225.

und eine etwa entstehende Schadensersatzpflicht ergibt sich aus § 286 BGB.

Eine Lehre 7.) will die Abgrenzung danach vornehmen, ob es sich bei der Verletzung der Schuldnerverpflichtung um eine Haupt- oder um eine Nebenpflicht handelt, und betrachtet die Verletzung einer Hauptpflicht als Unmöglichkeit und die einer Nebenpflicht als positive Vertragsverletzung. Aber auch dieser Ansicht ist nicht beizutreten. 8.). Denn einmal ist eine Entscheidung darüber, ob es sich um eine Haupt- oder Nebenpflicht handelt, sehr schwierig, fast unmöglich und, da es an einem Maßstabe fehlt, oft willkürlich Zum anderen ist die Unterscheidung auch nicht treffend. Der Verkäufer, der die verkaufte Ware noch eine gewisse Zeit aufbewahrt, übernimmt hiermit eine Nebenpflicht. Wenn er aber bei der Verwahrung in nachlässiger Weise verfährt, so daß die Ware gestohlen wird, so kann er seiner Erfüllungspflicht nicht genügen. Infolgedessen hat sich aus der Verletzung einer Nebenpflicht nicht eine positive Vertragsverletzung, sondern eine Unmöglichkeit ergeben. Die von dieser Lehre vorgeschlagene Unterscheidung eignet sich daher auch nicht für eine Abgrenzung der einzelnen Formen der Beeinträchtigung des Forderungsrechtes.

Leonhard 9.) nimmt sie danach vor, welcher Erfolg eintritt. Die Art der schädigenden Handlung ist nicht entscheidend, vielmehr können sich aus dieser in gleicher Weise Unmöglichkeit, Verzug oder positive Vertragsverletzung ergeben. In dem Falle, daß der Verkäufer in schuldhafter Weise eine Krankheit des verkauften Pferdes herbeiführt, handelt es sich um Unmöglichkeit, wenn die Leistung nicht erbracht werden kann, um Verzug, wenn eine Verzögerung eintritt, und eine positive Vertragsverletzung, wenn ein anderweitiger Schaden entsteht. Wer so entscheidenden Wert auf den eingetretenen Erfolg legt, kommt immer zu eindeutigen und sicheren Ergebnissen. Wenn die geschuldete Leistung nicht mehr bewirkt werden kann, so liegt Unmöglichkeit vor; wenn aber ein anderweitiger für die Frage der Erfüllung bedeutungsloser Schaden entstanden ist, so ist der Tatbestand der positiven Vertragsverletzung gegeben. Leonhard hat neben der zutreffenden Abgrenzung der einzelnen Arten der Schuldverletzungen auch die richtige Bezeichnung für die sog.

7.) Planck-Strohal, Schuldrecht S. 185.

8.) Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 538.

9.) Allg. Schuldrecht, S. 540.

positiven Vertragsverletzungen eingeführt. Er nennt sie „Begleitschädigungen“ 10.). Hierdurch kommt deutlich zum Ausdruck, daß bei ihnen die Erfüllung weiterhin möglich, daß aber ein anderweitiger Schaden eingetreten ist.

Eine Schadensersatzpflicht kommt nach dem im bürgerlichen Gesetzbuche herrschenden Schuldprinzip (§§ 280, 285) nur dann in Betracht, wenn ein Verschulden des Schuldners vorliegt.

Aus Gründen der Vollständigkeit soll auch auf die Begründungen eingegangen werden, mit denen man eine Haftung für diese Begleitschädigungen zu rechtfertigen sucht. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt als Formen der Beeinträchtigung des Forderungsrechts nur die Unmöglichkeit und den Verzug. Eine Haftung für die Begleitschädigungen ist aber auch unentbehrlich. Staub 11.) hat sie mit einer entsprechenden Anwendung der Bestimmung über den Verzug (§ 286 BGB.) begründet. Aber die schädigenden Folgen des vertragswidrigen Verhaltens sind nicht gerade infolge einer Verspätung der vertragsmäßigen Leistung eingetreten; sie wären auch dann nicht eingetreten, wenn die Erfüllung ganz unterblieben wäre. Daher ist die Begründung Staubs abzulehnen. Das Reichsgericht 12.) gründet eine Haftung unmittelbar auf den § 276 BGB. Aber auch dieser Begründung ist nicht beizutreten. Denn dieser Paragraph gibt nur an, daß der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, bestimmt aber nicht, daß er bei jedem Verschulden Schadensersatz zu leisten hat. Außerdem geht aus den §§ 460, 461 BGB. hervor, daß der Ausdruck „vertreten“ nicht bedeutet „Schadensersatz leisten“. Die Haftung für derartige Forderungsverletzungen läßt sich dagegen, wenn man sie nicht schon als einen Satz des Gewohnheitsrechtes bezeichnen will, auf das in den Bestimmungen über Unmöglichkeit (§ 280 BGB.) und Verzug (§ 286 BGB) wurzelnde Rechtsprinzip stützen, daß für jede schuldhafte Forderungsverletzung gehaftet wird. 13.).

Als typisches Merkmal der Begleitschädigung ist festgestellt, daß ein Schaden entstanden ist, der für die Frage, ob erfüllt ist oder nicht, keine Bedeutung hat.

Wenn also durch die Verarbeitung des gelieferten minderwertigen Metalls die Herstellung anderer Gegenstände

---

10.) Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 542.
11.) a. a. O., S. 34.
12.) R. G. 53, S. 201; 106, S. 25.
13.) Enneccerus-Lehmann, S. 192; Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 542.

mißraten ist, dann ist ein derartiger Begleitschaden vorhanden. Es kann aber auch sein, daß der Käufer die minderwertige Ware weiter verkauft und zwar entsprechend billiger, und da fragt es sich, ob ein solcher Mindererlös auch als Begleitschädigung anzusehen ist.

Wenn bei dem Verkauf eines Tieres, etwa einer Ziege, auf den die besonderen Vorschriften über den Viehkauf keine Anwendung finden (§ 481 BGB.), der Ausschluß der Gewährleistungsansprüche vereinbart worden ist (§ 476 BGB.) und der Verkäufer V. eine erst nach Abschluß des Kaufvertrages entstandene Krankheit des zu liefernden Tieres aus Fahrlässigkeit nicht entdeckt, so haftet er für den Schaden, der durch Vernichtung des Viehbestandes des Käufers K. entsteht. Wenn nun der Käufer K. das Tier, das ihm verdächtig vorkommt und das seinen Viehbestand nicht anstecken soll oder das er aus anderen Gründen nun doch nicht behalten will, aber seinem Verkäufer V. nicht zurückgeben kann, zum Einkaufspreise an D. weiterverkauft, aber dem Minderung verlangenden Käufer D. einen Teil des Kaufpreises zurückzahlen muß, so ist dem K. auch ein Begleitschaden entstanden. Denn sonst könnte K., da er weder wandeln noch mindern noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, den an D. zurückbezahlten Betrag von V. nicht fordern, und dieser hätte trotz seines Verschuldens den Vorteil. 14.). Dasselbe muß aber gelten, wenn der Käufer K. nicht erst den Minderungsanspruch abwartet, sondern gleich zu einem entsprechend niedrigeren Preise verkauft. Man kann diesem Ergebnis nicht entgegenhalten, daß ein Käufer absichtlich billiger weiterverkaufen und den dadurch erlittenen Schaden von seinem Verkäufer verlangen könne. Ein Begleitschaden kommt immer nur insoweit in Betracht, als der Mangel den Preisnachlaß bedingt, für ihn kausal ist. Ein Mindererlös ist daher als Begleitschaden anzusehen.

Streit herrscht darüber, wer für das zur Schadensersatzpflicht erforderliche Verschulden die Beweislast hat. Eine Lehre 15.) nimmt an, daß auch bei der Begleitschädigung in entsprechender Anwendung des § 282 BGB. der Schuldner zu beweisen habe, daß ihn ein Verschulden nicht treffe. Eine derartige Verteilung der Beweislast ist für den Gläubiger sehr günstig. Dieselben Gründe, die bei der Unmöglichkeit die im Paragraph 282 BGB. getroffene Regelung für ihn

14.) Vgl. Staub-Koenige, 4. Bd., S. 266, 271.

15.) Rosenberg, a. a. O., S. 399.

als wünschenswert erscheinen lassen, liegen auch hier vor. Denn auch bei der Begleitschädigung wird der Gläubiger den Beweis für ein Verschulden nicht oder nur schwerlich erbringen können. In den meisten Fällen kennt nur der Schuldner den Grund, weshalb die gelieferte Ware derartige Nachteile hervorgerufen hat. Vor derselben Schwierigkeit wird aber der Gläubiger sehr oft stehen, und trotzdem geht das Gesetzbuch davon aus, daß jeder die Voraussetzungen des von ihm zu erhebenden Anspruches zu beweisen hat.

Die Regelung des § 282 BGB. stellt sich nicht als eine Umkehr der Beweislast dar, sondern entspricht der materiellen Rechtslage 16.). Der Leistungsanspruch verwandelt sich im Falle der Unmöglichkeit von selbst in einen Schadensersatzanspruch. Nur dann, wenn die Unmöglichkeit auf Umständen beruht, die der Schuldner nicht zu vertreten hat, entfällt ein Anspruch auf Entschädigung. Der Schuldner hat daher, wenn er von der Schadensersatzpflicht befreit sein will, sein Unverschulden zu beweisen. Die Bestimmung des § 282 BGB. findet also ihre Erklärung in der materiellen Rechtslage.

Diese Tatsache trifft aber bei der Begleitschädigung nicht zu. Daher ist die Lehre Rosenbergs abzulehnen und der Ansicht 17.) beizupflichten, die die Beweislast dem Gläubiger auferlegt. Die aus dieser Form der Schuldverletzung entspringende Ersatzpflicht hat vielmehr Ähnlichkeit mit der Haftung wegen unerlaubter Handlungen (§§ 823 ff. BGB.), da das schuldhafte Verhalten einen besonderen, selbständigen Haftungsgrund darstellt und daher von demjenigen, der den Anspruch erhebt, zu beweisen ist. Daher hat der Gläubiger für ein Verschulden des Schuldners die Beweislast.

Auch die Streitfrage, ob im Gebiete der Begleitschädigung der § 278 BGB. Anwendung findet, bedarf noch der Erörterung, da sie von praktischer Bedeutung ist. Brodmann 18.) will diese Bestimmung hier nicht anwenden, da es zu weit gehe, den Schuldner für jede bei der Erfüllung mitwirkende Person haften zu lassen. Dieser Grund schlägt aber nicht durch. Das Gesetz beabsichtigt durch die Einfügung des § 278 BGB. eine strenge Haftung, die den Schuldner

---

16.) Leonhard, Beweislast, S. 335, 336.

17.) Enneccerus-Lehmann, S. 193; Leonhard, Beweislast, S. 335; R.G. in Recht 1907, Nr. 2537, S. 1065.

18.) Iherings Jahrbücher, 58, S. 219.

veranlassen soll, den Gehilfen sorgfältig auszuwählen. Die Haftung kann aber nicht auf den Fall beschränkt sein, daß die Hilfsperson die verkaufte Sache zerbricht. Sie muß vielmehr auch dann eintreten, wenn der Gehilfe eine andere Sache des Käufers beschädigt. Für eine verschiedenartige Behandlung dieser beiden Fälle fehlt es an jedem Grunde.

Es kommt noch hinzu, daß das Bürgerliche Gesetzbuch eine Haftung für derartige Begleitschädigungen nicht besonders nennt und daß daher die Worte „zur Erfüllung der Verbindlichkeit" (§ 278 BGB.) nicht gegen eine Einbeziehung dieser Form der Forderungsverletzung sprechen können. Es ist daher die Lehre Brodmanns abzulehnen und der h. M. 19.) zuzustimmen, die den § 278 BGB. auch im Gebiete der Begleitschädigungen anwendet.

Der Schadensersatzanspruch verjährt in sechs Monaten (§ 2 I 2.).

19.) Enneccerus-Lehmann, S. 156, 157; Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 461.

3. Kapitel:

Schadensersatzansprüche aus Abschlußverschulden.

§ 5. Die Arglist.

A.) Das arglistige Verschweigen.

Der Käufer kann einen Schadensersatzanspruch auch darauf stützen, daß ihm ein Fehler arglistig verschwiegen ist. Während die bisher erörterten Ansprüche solche waren, die aus allgemeinen schuldrechtlichen Gesichtspunkten gegeben sind, so handelt es sich hier und bei dem Anspruche wegen arglistigen Vorspiegelns um solche des Kaufrechts.

Er hat diesen Anspruch dann, wenn das arglistige Verschweigen zur Zeit des Vertragsschlusses erfolgt ist (§ 463 BGB.). Wenn eine Gattungsschuld vorliegt, kommt § 480 BGB. zur Anwendung.

Voraussetzung ist ein arglistiges Verschweigen. Es fragt sich, wann ein solches vorliegt. Das Reichsgericht 1.) ging früher so weit, jegliches Verschweigen von Mängeln als arglistig zu bezeichnen. Aber diese Auffassung ist wohl nicht zu billigen. Wenn sie richtig wäre, dann wäre das Wort „arglistig" in § 463 BGB. überflüssig. Das Gesetz bringt gerade durch die Einfügung dieses Wortes zum Ausdruck, daß nicht jedes Verschweigen arglistig ist. Daher ist auch das Reichsgericht 2.) von seiner Ansicht abgerückt und hat sich der Lehre 3.) angeschlossen, die eine engere Auslegung vornimmt. Nur sie ist gerechtfertigt und dient

---

1.) R. G. in Seuff. Arch. 58, S. 314.

2.) R. G. 62, S. 150.

3.) Beer, a. a. O., S. 88, 92; Leonhard, Verschulden, S. 61; Enneccerus-Lehmann, S. 359, Anm. 15, S. 367.

auch den berechtigten Interessen des Verkäufers. Denn man kann von diesem nicht verlangen, daß er alle seiner Kaufsache anhaftenden Fehler mitteilt, sondern muß ihm auch die Möglichkeit lassen, sich ihm bietende Vorteile auszunutzen. Zur Arglist ist daher die Kenntnis des Mangels und das Bewußtsein des Verkäufers erforderlich, daß der Käufer den Mangel für erheblich hält und bei Kenntnis der wahren Sachlage anders handeln würde. Diese zweite Voraussetzung ist dann gegeben, wenn der Verkäufer die Kenntnisnahme des Fehlers durch den Käufer zu vereiteln oder durch Zusicherungen zu erschweren sucht. Denn dann handelt er wider Treu und Glauben; er muß den Mangel mitteilen, dem er so entscheidende Bedeutung für das Zustandekommen des Vertrages beimißt.

Wenn diese Erfordernisse erfüllt sind, dann ist ein Schadensersatzanspruch gegeben.

Es ist weiter zu untersuchen, ob er auf das positive oder auf das negative Interesse geht.

Man spricht dann von positivem oder Erfüllungsinteresse, wenn die Ersatzpflicht alles das umfaßt, was dem Gläubiger bei voller Wirksamkeit des Geschäftes zustehen würde. Bei einer Zubilligung des negativen Interesses dagegen wird nur der Schaden ersetzt, den der Gläubiger durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit des Geschäfts erlitten hat. Bei dem arglistigen Verschweigen eines Fehlers haftet der Schuldner auf das positive Interesse. Dieses Ergebnis ergibt sich allerdings nicht aus § 249 BGB., wie das Reichsgericht 4.) früher angenommen hat. Denn aus § 249 BGB. folgt nur, daß der Zustand wiederhergestellt wird, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Auf Grund des § 249 BGB. würde daher regelmäßig nur das negative Interesse gefordert werden können. Die Haftung auf das positive Interesse ergibt sich vielmehr aus der Gleichstellung dieses Falles mit dem der Zusicherung einer Eigenschaft, bei deren Fehlen ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gegeben ist 5.).

B.) Das arglistige Vorspiegeln.

Vielleicht verlangt der Käufer eine Entschädigung nicht aus dem Grunde, weil ihm ein Mangel arglistig verschwiegen,

---

4.) R. G. Gruch. 49, S. 905.

5.) R. G. 66, S. 338; Oertmann, Schuldrecht 2. Abt. S. 609, Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 61.

sondern deshalb, weil ihm beim Kaufabschlusse eine Eigenschaft arglistig vorgespielt worden ist.

Es fragt sich, ob er hierauf einen Ersatzanspruch stützen kann. Das Gesetz enthält keine Regelung dieser Frage. Eine Lehre 6.) will daher in einem solchen Falle den Verkäufer nicht haftbar machen, weil der Wortlaut des Gesetzes diese Ausdehnung nicht zulasse und dem praktischen Bedürfnis durch die Bestimmungen über die Anfechtung von Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB.) und über die unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB.) Genüge geschehe. Diese Begründung schlägt aber nicht durch. Denn auch bei dem arglistigen Verschweigen können oft die Vorschriften über die Anfechtung und über die unerlaubten Handlungen zum Ziele führen, d. h. dem Käufer Schutz gewähren, und trotzdem setzt das Gesetz durch den § 463 BGB. eine besondere Ersatzpflicht fest. Es hält anscheinend diesen Schutz nicht für ausreichend. Diese Ansicht ist auch gerechtfertigt. Denn der § 123 BGB. gibt nur die Möglichkeit, die abgegebene Willenserklärung anzufechten, das Rechtsgeschäft zu beseitigen. Der § 823 BGB. gewährt in seinem Absatz 1 nur eine Ersatzpflicht bei Personen- und Sachschaden, nicht dagegen bei solchem, der das Vermögen als Ganzes betrifft, und in seinem Absatz 2 (Verstoß gegen ein Schutzgesetz) grundsätzlich nur eine solche bei Vorsatz, da bei Fahrlässigkeit in der Mehrzahl der Fälle ein Schutzgesetz nicht verletzt wird. Außerdem hat der Geschäftsherr bei der Haftung für Gehilfen aus einer Unrechtshandlung im Gegensatz zu der aus Vertrag die Möglichkeit, seine Schuldlosigkeit darzutun und dadurch den Ausschluß der Haftung zu erreichen (§ 831, 278 BGB.). Infolge dieser Tatsachen und der kurzen Verjährungsfrist (§ 852 BGB.) führen die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen oft nicht dazu, eine dringend gebotene Haftung zu begründen.

Eine andere Ansicht 7.) gewährt daher auch einen Schadensersatzanspruch bei arglistigem Vorspiegeln. Ihr ist beizupflichten. Denn der Rechtsgrund für eine Haftung ist in beiden Fällen der gleiche. Es soll gegen denjenigen, der bei Abschluß eines Vertrages arglistig verfährt, eingeschritten werden, um den Geschäftsgegner zu schützen.

6.) Staudinger, Schuldrecht, 2. Abt. S. 160, 161; Riehl, D. J. Z. 1913. S. 380.

7.) R. G. 63, S. 112; 66, S. 338; 83, S. 243; Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 60; Enneccerus-Lehmann, S. 368.

Außerdem ist, wenn schon bei völlig negativem Verhalten, dem arglistigen Verschweigen, ein Haftungsgrund gegeben ist, ein solcher umsomehr dann begründet, wenn der Verkäufer durch positives Tun, durch arglistiges Zusichern, den Schaden herbeiführt. Ferner ist es oft so, daß gleichzeitig ein arglistiges Vorspiegeln und ein arglistiges Verschweigen vorliegt. Dies ist der Fall, wenn der Verkäufer eine — vielleicht sehr wesentliche — Eigenschaft einer Ware vorspiegelt und einen anderen — vielleicht nicht so wesentlichen — Fehler verschweigt. Es wäre nun ein merkwürdiges Ergebnis, wenn der Käufer eine Schadensersatzpflicht auf das Verschweigen des geringfügigeren Mangels, aber nicht auf das Vorspiegeln der sehr erheblichen Eigenschaft gründen könnte. Daher ist eine gleiche Behandlung dieser Fälle gerechtfertigt und ein Schadensersatzanspruch wegen des Fehlens einer vorgespiegelten Eigenschaft gegeben.

Auch hier ist erforderlich, daß die Eigenschaft in arglistiger Weise vorgespiegelt worden ist. Wann Arglist vorliegt, ist bereits ausgeführt (§ 5 A).

Streit herrscht darüber, ob in einem solchen Falle das negative 8.) oder das positive 9.) Interesse zu gewähren ist. Oertmann 10.) führt zur Begründung der ersten Ansicht an, die Bestimmung des § 463 BGB. habe nur Ausnahmecharakter und könne daher nicht in analoger Weise auf einen im Gesetze nicht geregelten Fall angewandt werden. Diese Meinung übersieht aber, daß die Tatbestände des arglistigen Verschweigens und des arglistigen Vorspiegelns völlig gleichgelagert sind. Der Rechtsgrund der Haftung, die ein strenges Vorgehen gegen Betrüger bezweckt, ist derselbe; schon aus diesem Grunde ist eine gleiche Behandlung gerechtfertigt.

Diese strenge Haftung muß umsomehr bei dem arglistigen Vorspiegeln — einem positiven Tun — gegeben sein, wenn sie schon bei dem arglistigen Verschweigen — einem völlig negativen Verhalten — eintritt.

Gegen die Ansicht Oertmanns spricht auch in stärkstem Maße die Billigkeit. Derjenige, der den Abschluß des Vertrages in betrügerischer Weise herbeigeführt hat, würde bei einer Verpflichtung zum Ersatz des negativen Interesses mit einer Milde behandelt werden, die er garnicht verdient, und derjenige, den die Betrügereien zum Vertragsschlusse

8.) Oertmann, Schuldrecht, 2. Abt., S. 609; Mattießen, a. a. O., S. 63; J. W. 1913, S. 516.
9.) R. G. 66, S. 337, 338; 103, S. 160; Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 61., Enneccerus-Lehmann, S. 368.
10.) Schuldrecht, 2. Abt. S. 609.

veranlaßt haben, würde oft schutzlos bleiben. Der betrogene Käufer braucht sich nicht damit zu begnügen, daß nur der Schaden, den er im Vertrauen auf die Gültigkeit des Geschäfts erlitten hat, ersetzt wird, sondern er kann alles das beanspruchen, was er bei voller Wirksamkeit des Vertrages haben würde. Ein solches Ergebnis ist gerecht und billig. Es faßt den Betrüger hart an und bietet dem Betrogenen genügenden Schutz.

Daher ist als richtig die Meinung anzuerkennen, die auch im Falle des arglistigen Vorspiegelns das positive Interesse zubilligt.

Eine Lehre 11.) unterscheidet zwischen Vorspiegelungen von Eigenschaften einer Kaufsache und von solchen Verhältnissen, die nicht Eigenschaften sind, und will das Erfüllungsinteresse nur im ersten Falle gewähren.

Diese Unterscheidung ist aber einmal durch keine gesetzliche Bestimmung gerechtfertigt und daher willkürlich. Zum anderen entbehrt sie auch jeder inneren Berechtigung. Ob jemand durch die arglistige Vorspiegelung, das verkaufte Haus sei „pulvertrocken", oder durch die unrichtige Angabe zu hoher Mieterträge zu einem Hauskaufe bestimmt worden ist, kann keinen Unterschied machen. Auch hier ist der Rechtsgrund der Haftung, die wegen der verwerflichen Handlungsweise des Verkäufers eintreten soll, in beiden Fällen der gleiche, und es ist daher gleichgültig, ob die Vorspiegelung eine Eigenschaft der Kaufsache betrifft oder solche Verhältnisse, die die Brauchbarkeit der Sache vermöge ihrer Art beeinflussen.

Vielleicht kann auch ein Käufer das Haus, das entgegen der Zusicherung nicht „pulvertrocken" ist, sogar eher gebrauchen als ein Gebäude, das nicht die vorgespiegelten Mieterträge abwirft. Dies ist dann der Fall, wenn er diese Beträge unbedingt haben muß, um seinen finanziellen Verpflichtungen nachkommen zu können. Es wäre nun ein merkwürdiges Ergebnis, wenn er wegen der Vorspiegelung der hohen Mieterträge nur das negative, wegen des Fehlens der nicht so erheblichen Eigenschaft aber das positive Interesse verlangen könnte.

Der Einwand Oertmanns 12.), bei Zubilligung des positiven Interesses würde die Haftung zu weit gehen, dringt

---

11.) Enneccerus-Lehmann, S. 368, Anm. 34, R. G., Warn. 1909 Nr. 399, S. 375.

12.) Schuldrecht, 2. Abt., S. 609.

nicht durch. Gegenüber Personen, die sich für ihre Geschäfte des Mittels des Betruges bedienen, ist Milde nicht am Platze.

Daher ist auch bei der Vorspiegelung von solchen Verhältnissen der Kaufsache, die für deren Verwendbarkeit von Bedeutung sind, das Erfüllungsinteresse zuzubilligen 13.).

§ 6. Das Verschulden beim Vertragsschlusse.

Wenn der Verkäufer beim Kaufabschlusse nicht arglistig, sondern vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, so spricht man vom Verschulden beim Vertragsschlusse. Ein solches würde dann gegeben sein, wenn er während der Vertragsverhandlungen in vorsätzlicher oder fahrlässiger Weise falsche Zusicherungen oder Angaben über die von ihm zu liefernde Ware gemacht oder Fehler verschwiegen hat. Hier liegt das Verschulden nicht in der Erfüllung — dann handelt es sich um eine Begleitschädigung —, sondern beim Abschusse des Vertrages.

Es fragt sich, ob ein derartiges Verschulden überhaupt und besonders beim Kaufvertrage schadensersatzpflichtig machen kann. Eine allgemeine Regelung dieser Frage enthält das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Seit Leonhards Schriften 1.) haben sich Rechtsprechung 2.) und Lehre 3.) allmählich zu einer Anerkennung der Haftung für derartiges Verschulden bekannt, so daß heute wohl schon die Voraussetzungen zur Annahme eines Gewohnheitsrechtes (Rechtsüberzeugung und Gerichtsgebrauch) gegeben sind. Zwar wird eine solche allgemeine Haftung noch bestritten 4.). Gegen diese läßt sich allerdings anführen, daß sie im Gesetze nicht allgemein, sondern nur an einzelnen Stellen erwähnt worden ist. So läßt das Gesetzbuch den Hinterleger für den durch die hinterlegte Sache entstandenen Schaden (§ 694 BGB.), den Verkäufer, den Schenker und den Verleiher für Arglist (§§ 463, 523, 600 BGB.) haften. Wenn nicht andere Tatsachen hinzukommen, so erlauben diese einzelnen Bestimmungen wohl eher den Umkehrschluß, daß in anderen Fällen Ersatz nicht zu leisten ist, als ihre entsprechende Anwendung auf andere Tatbestände. Geppert 5.) glaubt, daß für die Rechts-

13.) Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 60, 61.

1.) Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse; Verschulden beim Vertragsschlusse.

2.) R. G. 103, S. 51; 107, S. 62; 120, S. 251.

3) Oertmann, Schuldrecht, 1. Abt. S. 182.

4.) Geppert, a. a. O., S. 535, 543.

5.) a. a. O., S. 535.

verhältnisse und Verbindlichkeiten zwischen den Parteien aus Gründen der Rechtssicherheit nur der Vertrag, nicht dagegen im Vertrage unberücksichtigt gebliebene Äußerungen maßgebend sind. Aber dies ist sehr unbillig. Es läßt sich mit dem Grundsatze der Rechtssicherheit nicht rechtfertigen, daß derjenige, der ein Pferd vermietet und in fahrlässiger Weise schlechte Eigenschaften nicht angegeben hat, für einen etwa entstandenen Schaden nicht haftbar zu machen ist, während er die volle Vergütung erhält. Die Bestimmungen über Unrechtshandlungen (§§ 823 ff. BGB.) mögen in manchen Fällen zu einer Haftung führen, aber sie reichen nicht aus (§ 5 B.). Es besteht eine praktische Notwendigkeit für eine Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse. Diese auf einen stillschweigend geschlossenen Vorvertrag zu gründen 6.), ist nicht möglich. Denn wenn man in allen Fällen einen stillschweigenden Vertragsschluß annehmen würde, so würde man die Parteierklärungen willkürlich deuten und den Parteien etwas unterschieben, was nicht erklärt worden ist. Es bleibt also nur übrig, die Haftung auf ein Verschulden beim Vertragsschlusse zu begründen, wenn der Bankier für seine schuldhaften falschen Auskünfte oder der Besteller beim Werkvertrage für die falschen Angaben, durch die dem Unternehmer Schaden zugefügt worden ist, einstehen soll. Für diese Haftung spricht ferner noch die Analogie anderer gesetzlicher Bestimmungen. So wie der Schuldner bei der Vertragserfüllung haftet, muß er auch für seine Schuld beim Vertragsschlusse einstehen. Denn es muß gleichgültig sein, ob der Verkäufer zuerst verkauft und dann in fahrlässiger Weise schlechte Stücke aussucht, oder ob er in schuldhafter Weise ohne Untersuchung die vorher ausgewählten Stücke verkauft. 7.). Im ersten Falle, in dem es sich um eine Gattungsschuld handelt, haftet der Verkäufer, und man kann sagen, daß er auch im zweiten Falle, in dem es sich um eine Einzelschuld handelt und der dem ersten ähnlich ist, haften muß.

Wenn also für ein Verschulden beim Vertragsschlusse gehaftet wird, so fragt es sich, ob diese Haftung auch beim Kaufe in Betracht kommt. Eine Lehre 8.) verneint dies und beruft sich zum Beweise auf den § 463 Satz 2 BGB.),

---

6.) R. G. 74, S. 125; 78, S. 240.

7.) Leonhard, Verschulden, S. 42.

8.) Düringer-Hachenburg 5. Bd. 1. Hälfte, S. 211; R. G. in Seuff. Arch. 78, S. 15.

nach dem eine Haftung für Fahrlässigkeit nicht in Frage kommen könne. Allerdings erwähnt diese Vorschrift nur die Arglist als einen Fall des zum Schadensersatze verpflichtenden Verschuldens beim Vertragsschlusse, und der Schluß liegt nahe, daß dies der einzige Fall sein solle. Aber auch bei allen anderen Rechtsverhältnissen fehlt eine Bestimmung über eine Haftung für Fahrlässigkeit, da das Gesetzbuch diese Frage nicht behandelt.

Es ist daher die Ansicht 9.) und die neuere Rechtsprechung 10.) vorzuziehen, die auch beim Kaufe eine Haftung für Fahrlässigkeit bejaht. Denn es ist einmal aus systematischen Gründen verfehlt, die im Gesetze nicht enthaltene, aber aus anderen Gründen notwendige und unentbehrliche Regel nur teilweise anzuwenden und gerade für die Kaufverträge, die im Rechtsleben am häufigsten vorkommen, auszuschließen. Außerdem spricht für die letzte Ansicht die Gleichstellung des Verkäufers mit dem Vermieter oder Verpächter. Denn nicht nur der Vermieter, der fahrlässig ein zu dem Vertragszwecke unbrauchbares Fahrrad vermietet hat, muß für den dadurch entstandenen Schaden, eine etwa notwendig gewordene Bahnfahrt, haften, sondern auch derjenige, der das Fahrrad verkauft hat. Man kann sogar sagen, daß, wenn schon der Vermieter, so umsomehr der Verkäufer, der nicht nur einen Gegenstand zeitweise überläßt, sondern endgültig überträgt, eine Entschädigung leisten muß. Ferner ist die Annahme einer Haftung für eine Fahrlässigkeit auch billig gegenüber dem Käufer, der einen Schaden erlitten hat. Denn für ihn würde eine Schadloshaltung unter dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB.) oft nicht in Betracht kommen (§ 5 B). Aus diesen Gründen hat daher der Verkäufer auch für eine Fahrlässigkeit beim Vertragsschlusse einzustehen.

Streit herrscht über die Frage, ob Bedingung für eine Haftung ein gültiger Vertragsschluß ist 11.) oder nicht 12.). Für die Beantwortung dieser Streitfrage ist von Bedeutung die richtige Erkenntnis darüber, ob als Rechtsgrund der Haftung ein Vertrag 13.) oder eine unerlaubte Handlung 14.) anzusprechen ist. Gegen die Ansicht, Voraussetzung

---

9.) Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 62.
10.) R. G. 129, S. 281.
11.) Leonhard, Verschulden S. 58.
12.) Enneccerus-Lehmann, S. 152; Oertmann, Schuldrecht, 1. Abt. S. 182.
13.) Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 553, 555.
14.) R. G. 61, S. 213.

der Haftung sei ein Vertrag, ist angeführt worden 15.), daß der Vertrag ja erst später entstehe und daher nicht die Grundlage für eine sich auf vorvertragliches Verhalten gründende Haftpflicht sein könne. Zur Entkräftung dieses Einwandes hat aber Leonhard auf das unter einer Bedingung abgeschlossene Rechtsgeschäft (§ 160 BGB.) hingewiesen 16.). Auch in diesem Falle hängt es erst von dem Eintritt oder Nichteintritt eines späteren Ereignisses ab, ob der Vertrag Wirkungen erzeugt, und trotzdem entsteht eine Schadensersatzpflicht dann, wenn der Verpflichtete während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt (§ 160 BGB.). Die Gegner vermögen andererseits ihre Ansicht und die dabei vertretenen Gedankengänge nicht streng durchzuführen. 17.). Sie sehen eine Haftungspflicht durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen begründet 18.). Das Verschulden, das Voraussetzung für eine Schadensersatzpflicht ist, liegt aber oft vor dieser Zeit. Wenn ein Verkäufer, der den Abschluß eines Vertrages anträgt, es schuldhafterweise unterlassen hat, die Ware vorher auf etwaige Fehler zu prüfen, so stützt sich nach dieser Ansicht die Haftung auf den Eintritt in Vertragsverhandlungen, während das Verschulden in dem Unterlassen der Prüfung besteht, also zeitlich früher vorhanden ist.

Grundlage für eine Haftung kann vielmehr nur der Vertrag sein. Diese Tatsache ergibt sich einmal daraus, daß die einzelnen eine Schadensersatzpflicht begründenden Tatbestände der unerlaubten Handlungen genau aufgezählt sind, während durch vertragliche Vereinbarungen eine Haftung auf jeden beliebigen Sachverhalt gestützt werden kann (§ 305 BGB.).

Wer die Haftung für ein Verschulden bei den Vertragsverhandlungen, das in der Mehrzahl der Fälle nicht Vorsatz, sondern Fahrlässigkeit ist, als eine solche wegen einer Unrechtshandlung ansehen würde, der würde damit letzten Endes im Gebiete der unerlaubten Handlungen eine Haftung für eine fahrlässige Vermögensbeschädigung einführen, die aber nicht besteht (§ 9 A 2.).

Aus den Bestimmungen über eine Haftung wegen Arglist folgt vielmehr, daß schon bei den Verhandlungen

15.) Enneccerus-Lehmann, S. 152; Raiser, a. a. O., S. 20; Herholz, S. 287.
16.) Allg. Schuldrecht, S. 553.
17.) Vgl. Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 553.
18.) Enneccerus-Lehmann, S. 152; R. G. 120, 251.

eine Pflicht zur Sorgfalt besteht. Zwar hat man auch die Haftung für Arglist als eine solche aus einer Unrechtshandlung bezeichnet 19.). Wenn diese Ansicht richtig wäre, dann würde der Geschäftsherr wegen der ihm gegebenen Möglichkeit, seine Schuldlosigkeit bei der Auswahl und Beaufsichtigung darzutun (§ 831 BGB), für seine Gehilfen grundsätzlich nicht zu haften brauchen, und der Geschädigte würde gegenüber den Betrügereien des Angestellten des Geschäftsherrn oft schutzlos bleiben. Aus Gründen der Billigkeit ist es aber nötig, auch in den Fällen der Arglist eine Haftung für Gehilfen nach § 278 BGB. eintreten zu lassen. 20.). Daher ist auch das Reichsgericht von seiner früheren Meinung abgerückt. 21.) Wenn man aber die Anwendbarkeit des § 278, BGB. bei der Arglist bejaht, so muß man dies auch bei den milderen Schuldformen, dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit, tun. Wenn aber der Geschäftsherr für das Verschulden seiner Gehilfen immer einzustehen hat, (278 BGB.), dann ist die Haftung als eine vertragliche anzusehen. Da also der Rechtsgrund für eine Schadensersatzpflicht der Vertrag ist, so ist auch Voraussetzung einer Haftung das Zustandekommen der vertraglichen Vereinbarung.

Oertmann 22.) glaubt, die Richtigkeit dieser Ansicht durch einen Hinweis auf die Bestimmungen der §§ 122, 179, 307 BGB. widerlegen zu können. Allerdings besteht hier eine Ersatzpflicht, ohne daß ein Vertrag zustande gekommen ist. Es ist aber zu bedenken, daß diese Haftungsart im Gesetze ausdrücklich festgelegt ist. Eine Verallgemeinerung ist daher, da es sich um besondere Bestimmungen handelt, nicht möglich. Sie würde außerdem zu einer Haftung für fahrlässige Vermögensbeschädigungen im Gebiete der unerlaubten Handlungen führen, die es aber nicht gibt (§ 9 A 2). Ferner würde eine Schadensersatzpflicht ohne den Abschluß eines Vertrages zu weit gehen. Jeder Eintritt in Geschäftsverhandlungen, jegliches Verhandeln, jegliches Tätigwerden würde zur Entschädigung verpflichten. Außerdem wäre keine Grenze zu ziehen, ob eine nichtverpflichtende Anfrage oder ein zur Haftung führender Eintritt in Geschäftsverhandlungen vorliegt. Feste und sichere Ergebnisse wären nicht möglich;

19.) R. G. 61. S. 213.

20.) Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 545.

21.) R. G. 103, 50; R. G. in J. W. 1915, S. 240.

22.) Schuldrecht, 1. Abt., S. 182.

Entscheidungen müßten willkürlich getroffen werden, da es an jedem festen Maßstabe fehlen würde. Aus allen diesen Gründen ist daher die Lehre vorzuziehen, 23.), die eine Haftung nur bei dem Zustandekommen des Vertrages gewährt.

Streit ist auch darüber entstanden, ob das negative 24.) oder das positive 25.) Interesse zu gewähren ist. Die erste Ansicht glaubt, die Haftungsbeschränkung auf das negative Interesse durch Umkehrschluß aus § 643, Satz 2 BGB. mit Sicherheit entnehmen zu können 26.). Diese Begründung trifft aber nicht zu. Wenn das bürgerliche Gesetzbuch in seinem § 463 nur bei Vorliegen einer Arglist einen Anspruch auf das positive Interesse gewährt, so findet diese Tatsache ihren Grund darin, daß die Verfasser des Gesetzes die Frage des Verschuldens beim Vertragsschlusse nicht geregelt haben und daher einen Haftungsmaßstab nicht festsetzen konnten. Aus dem § 463 BGB. lassen sich daher in dieser Beziehung Folgerungen nicht ziehen.

Wenn der Schuldner die Sache nach Vertragsschluß in schuldhafter Weise derart beschädigt daß die Vertragserfüllung unmöglich wird, so hat er Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten (§§ 280, 325 BGB.). In gleicher Weise wird aber auch zu entscheiden sein, wenn das Verschulden darin liegt, daß der Schuldner es unterlassen hat, die bereits beim Vertragsschlusse beschädigte Sache zu besichtigen und dem Gläubiger den Fehler mitzuteilen. Ein Grund für eine verschiedene Behandlung ist nicht ersichtlich.

Die Zubilligung des negativen Interesses reicht auch oft nicht aus, um der Gerechtigkeit Genüge zu tun. Sie führt zu Härten gegenüber dem geschädigten Käufer. Er, der infolge des schuldhaften Verhaltens des Verkäufers einen Schaden erlitten hat, verdient weitgehendst geschützt zu werden. Er muß von dem Vertragsgegner daher alles das verlangen können, was er hätte, wenn dieser nicht fahrlässig verfahren wäre. Bei einem Verschulden beim Vertragsschlusse ist daher immer das positive Interesse zu gewähren.

Der Anspruch verjährt beim Kaufe in sechs Monaten (§ 2 | 2.).

23.) Leonhard, Verschulden, S. 58.

24.) Oertmann, Schuldrecht 1. Abt. S. 182; Kuhlenbeck, D. J. Z. 1905, S. 1145; Enneccerus-Lehmann, S. 153.

25.) Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 561.

26.) Oertmann, Schuldrecht, 1. Abt. S. 183.

4. Kapitel:

Der Schadensersatzanspruch aus dem Haftungsvertrage.

§ 7. Das Erfordernis des Vertragsschlusses.

Eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers kann sich auch daraus ergeben, daß der Sache eine zugesicherte Eigenschaft fehlt. Hier handelt es sich um einen Anspruch des Kaufrechts, den der Käufer dann hat, wenn die Eigenschaft zur Zeit des Kaufabschlusses gefehlt hat (§ 463 BGB.). Beim Gattungskauf ist der maßgebende Zeitpunkt derjenige des Gefahrüberganges (§ 480 BGB.).

Es ist zu untersuchen, was unter der Zusicherung einer Eigenschaft zu verstehen ist. Die Streitfrage, ob der Begriff „Zusicherung" im § 463 BGB. anders als im § 459 BGB. zu deuten ist, wie vielfach angenommen wird 1.), soll ununtersucht bleiben, da sie für die Lösung nicht erforderlich ist. Hier, wo es sich nur um Schadensersatz- und nicht um Gewährleistungsansprüche handelt, kommt es lediglich darauf an, was der Ausdruck Zusicherung im § 463 BGB. bedeutet. Dernburg 2.) nimmt an, die zum Schadensersatz verpflichtende Zusicherung sei eine einseitige Zusage des Verkäufers. Er verweist auf Stellen des Römischen Rechts 3.), nach denen der Verkäufer für ein dictum, eine einseitige Zusage, haftet, und meint, diese Regelung sei in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen. Demgegenüber kann man aber auch sagen, daß die Regel des Preußischen Rechts 4.), nach der der Verkäufer „die im Kontrakte ausdrücklich

---

1.) Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 51, 58; Wolff, a. a. O S. 45.
2.) 4. Aufl., S. 65, 66, 74.
3.) l 19 pr. § 3 D de aed. ed. 21,1.
4.) I 5 § 319 und 325.

vorbedungenen Eigenschaften" zu vertreten hat, im Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten ist. Dernburg 5.) glaubt weiter, die Zusicherung deshalb nicht als einen Vertrag ansehen zu können, weil man nicht auf Erfüllung, sondern nur auf Schadensersatz klagen könne. Hiergegen führt aber Leonhard 6.) mit Recht an, daß bei vertraglichen Ansprüchen zwar regelmäßig, aber nicht notwendig ein Anspruch auf Erfüllung gegeben ist. Dernburg 7.) beruft sich weiter auf Treu und Glauben und die Lauterkeit des Verkehrs, deretwegen eine einseitige Zusage zur Begründung einer Schadensersatzpflicht genügen müsse. Aber es verstößt vielmehr gegen die berechtigten Interessen des Verkäufers und die Billigkeit, ihn schon dafür haftbar zu machen, daß er ohne jegliches Verschulden bestimmte Angaben — vielleicht sogar nur vor und nicht einmal bei Abschluß des Vertrages — gemacht hat. Daher ist diese Lehre abzulehnen und der Ansicht 8.), die für eine zum Schadensersatz verpflichtende Zusicherung einen Vertrag fordert, der Vorzug zu geben. Diese Meinung ist deshalb berechtigt, weil nach § 305 BGB. zur Begründung einer Verpflichtung grundsätzlich ein Vertrag erforderlich, ein einseitiges Rechtsgeschäft dagegen nur ausnahmsweise ausreichend ist. Hierfür spricht ferner, daß die einzelnen Rechte und Pflichten des Verkäufers im Vertrage festgesetzt werden, daß also auch eine Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz wegen Fehlens von zugesicherten Eigenschaften nur dann bestehen kann, wenn sie Vertragsbestandteil geworden ist. Außerdem ist bei dieser Lehre wegen des Erfordernisses eines besonderen Vertragsschlusses die Unterscheidung zwischen den schadensersatzpflichtig machenden Zusicherungen und bloßen Empfehlungen der Ware leichter als bei der Ansicht Dernburgs, die einen ebenso festen Maßstab in dieser Richtung nicht hat.

§ 8. Die Haftung bei unentbehrlichen Eigenschaften.

Ein Vertrag kommt durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande (§ 151 BGB.). Es wird behauptet, im Falle einer Zusicherung seien ausdrückliche Erklärungen erforderlich 1.). Wenn diese Ansicht richtig ist, so ist die

5.) a. a. O. S. 66.
6.) Bes. Schuldrecht, S. 58.
7.) a. a. O., S. 66.
8.) Enneccerus-Lehmann, S. 367; Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 58; R. G. 54, S. 223; in Seuff. Arch. 60, S. 8; Staudinger, Schuldrecht, 2. Abt. S. 136.
1.) Emmerich, a. a. O., S. 61.

Unterscheidung der Frage, ob ein Haftungsvertrag vorliegt oder nicht, allerdings leicht. Aber dieses einfache Ergebnis vermag die Richtigkeit der Ansicht nicht darzutun. Vielmehr gilt auch hier die allgemeine Regel, daß stillschweigende Erklärungen den ausdrücklichen gleichstehen. Sie genügen, überall, wo nicht eine anderweitige Bestimmung getroffen ist (z. B. § 700 BGB. 2.).

Wann liegt ein stillschweigender Vertragsschluß vor? Eine Lehre 3.) nimmt einen solchen schon an, wenn die Eigenschaft unentbehrlich oder die Sache zu dem beiden Teilen erkennbaren Verwendungszweck unbrauchbar ist. Sie glaubt, eine Stütze im römischen Recht zu haben, 4.), und verweist auf eine Stelle der Pandekten, die den Verkäufer haften läßt, wenn das verkaufte Weinfaß nicht heil ist. 5.). Aber es ist nicht anzuerkennen, daß die Haftung sich hier auf einen Garantievertrag gründet. Nach römischem Rechte soll der Verkäufer nicht nur für seine Arglist beim Kaufabschlusse einstehen, sondern auch für die mildeten Formen des Abschlußverschuldens, den Vorsatz und die Fahrlässigkeit, haften, wie Leonhard dargetan hat. 6.). Bei dem Verkauf von mangelhaften Weinfässern handelt es sich nicht um einen Fall einer Haftung aus einem stillschweigend geschlossenenen Haftungsvertrage; vielmehr ergibt sich die Ersatzpflicht aus einem Verschulden beim Vertragsschlusse 7.), so daß diese Pandektenstelle nicht für die erwähnte Lehre spricht.

Die Ansicht Kipps steht ferner im Gegensatz zu der Bestimmung des § 459 BGB. Denn während sie beim Fehlen von Eigenschaften, die den Wert zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben, immer zu einer Schadensersatzpflicht führen würde, soll nach der Vorschrift des § 462 BGB. in diesen Fällen nur Wandlung oder Minderung möglich sein.

Diese Meinung führt außerdem zu einer Auslegung der Parteivereinbarungen, die durch die abgegebenen Erklärungen nicht gerechtfertigt werden kann. Die Parteien haben in keiner Weise zum Ausdruck gebracht, daß eine Haftung eintreten soll. Wenn man die Gegenansicht vertritt,

---

2.) Leonhard, Bes. Sch., S. 59; Enneccerus-Lehmann, S. 367.
3.) Kipp, a. a. O., S. 255; R G. in J. W. 10,749.
4.) Kipp, a. a. O., S. 255.
5.) D XIX 1, 6 § 4.
6.) Bes. Schuldrecht, S. 59 und die dort zitierten Schriften.
7.) Leonhard, Bes. Sch., S. 59; Krückmann, Arch. f. ziv. Praxis, 101, S. 197, Anm. 129.

dann müßte man dem inneren Willen eine entscheidende Bedeutung beimessen, und zwar dürfte man nur denjenigen des Käufers berücksichtigen, da der Verkäufer auf keinen Fall so haften will. Eine derartige Rücksichtnahme ist aber schon aus dem Grunde unmöglich, weil der Haftungsvertrag nicht durch einen Willen, auch nicht durch Uebereinstimmung der Willen, sondern durch Uebereinstimmung der Willenserklärungen zustande kommt (§ 151 BGB.).

Daher ist diese Ansicht abzulehnen und die Lehre 8.) vorzuziehen, die nicht jede unentbehrliche Eigenschaft als zugesichert betrachtet. Für sie spricht vor allem in hohem Maße die Billigkeit. Zwar wird es der Käufer nur begrüßen, daß sein Vertragsgegner beim Fehlen unentbehrlicher Eigenschaften Schadensersatz zu leisten hat. Aber das Recht hat beiden Parteien zu dienen; es hat einen gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen anzustreben. Es darf den Käufer nicht übermäßig belasten. Es hat jemand bei einer Versteigerung wegen des Fehlens von Kaufliebhabern den für ihn gepfändeten Gegenstand, dessen Vorzüge und Nachteile er nicht kannte und auch nicht kennen konnte, ersteigert. Einige Zeit später findet er einen Käufer, dem er die Sache auch verkauft. Dieser stellt fest, daß der Gegenstand einen sehr schweren Mangel hat. Es wäre nun ein unerträgliches Ergebnis, wenn der Verkäufer, der den Fehler nicht erkennen konnte, den nicht der geringste Vorwurf trifft, Schadensersatz zu leisten hätte. Der Käufer ist ohnehin durch die Gewährleistungsansprüche genügend geschützt.

Ein stillschweigender Vertragsschluß ist daher nicht bei jeder unentbehrlichen Eigenschaft, sondern nur in seltenen Fällen 9.) anzunehmen, nämlich dann, wenn sich aus anderen Umständen ergibt, daß eine Haftung auf Schadensersatz Vertragsbestandteil geworden ist. Wenn für bestimmte Eigenschaften eine Ersatzpflicht ausgeschlossen wird, ist die Folgerung berechtigt, daß für die nicht ausgeschlossenen eine Haftung begründet sein soll.

Wenn ein Vertragsschluß vorliegt, kann der Käufer beim Fehlen der Eigenschaft Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Das Reichsgericht 10.) gewährt dem Käufer die Befugnis, den Vertrag stets als gänzlich unerfüllt zu behandeln.

8.) Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 59 und Verschulden beim Vertragsschlusse, S. 36; Oertmann, Schuldrecht, 2. Teil, S. 606; v. Blume, a. a. O., S. 229.
9.) R. G. 114, S. 241.
10.) R. G. 52, S. 355; Reichsgerichtsrätekommentar, Schuldrecht, 2. Abt., S. 74.

Er braucht die Ware nicht anzunehmen und kann immer Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. Es steht allerdings auch in seinem Belieben, die Ware zu behalten und nur wegen des Mangels einen Ersatzanspruch geltend zu machen 11.). Für diese Ansicht läßt sich der Wortlaut des § 463 BGB. anführen, der schlechthin von Schadensersatz wegen Nichterfüllung spricht. Wenn die gelieferte Ware bereits beim Kaufabschlusse mit einem Mangel behaftet war, so liegt Nichterfüllung nicht vor (§ 2 I 1). Aber trotzdem braucht das Gesetzbuch den Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung". Der Wortlaut kann daher nicht entscheidend sein. Die Bestimmung des § 463 BGB. verfolgt den Zweck, die durch die Mangelhaftigkeit der Ware eingetretene Enttäuschung und den entstandenen Verlust wieder auszugleichen. 12.). Die Enttäuschung liegt aber in dem Minderwert, den die Ware hat; sie soll durch den Ersatzanspruch einen Ausgleich erfahren. Wenn aber trotz des Minderwertes die Ware für den Käufer wertvoll bleibt, so kann die vorhandene Enttäuschung durch eine Entschädigung für den Minderwert beseitigt werden, und es liegt kein Anlaß vor, einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu gewähren.

Daher ist die vom Reichsgericht vertretene Ansicht abzulehnen und der Lehre beizupflichten, 13.), die einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung mit Ablehnung der Leistung nur bei mangelndem Interesse des Käufers, im übrigen dagegen einen Ersatzanspruch wegen des Mangels gewährt. Hierfür spricht auch ein Vergleich mit den Bestimmungen der §§ 280, 286 BGB. Aus ihnen geht hervor, daß die vertragliche, wenn auch minderwertige Leistung grundsätzlich erfolgen soll und daß sie nur dann, wenn sie für den Käufer wertlos ist, abgelehnt werden und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden kann.

11.) R. G. 52, S. 356; S. 92.

12.) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, S. 500.

13.) Oertmann, Schuldrecht, 2. Abt., S. 608; Enneccerus-Lehmann, S. 368.

5. Kapitel:

Schadensersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen.

§ 9. Die Schadensersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen.

A.) Der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB.

1.) Wenn der Verkäufer das Eigentum oder ein sonstiges Recht des Käufers verletzt hat, so kann sich eine Haftpflicht aus § 823 Abs. 1 BGB. ergeben. Bestritten ist, ob unter die Ausdrucksweise „ein sonstiges Recht" auch die Verletzung des Forderungsrechtes fällt. Die Ansicht, die dies bejaht 1.), ist mit der h. L. 2.) abzulehnen. Denn für den Fall der Verletzung des Forderungsrechtes durch den Schuldner sind im Allgemeinen Teile des Rechtes der Schuldverhältnisse sehr eingehende Regeln aufgestellt, so daß hierdurch die z. T. abweichenden Vorschriften über die unerlaubten Handlungen als ausgeschlossen zu betrachten sind. Wenn jede Verletzung des Forderungsrechtes unter § 823 Abs. 1 BGB. fallen würde, so hätte ferner jeder Dienstberechtigte bei Verletzung des Dienstverpflichteten durch einen Dritten gegen diesen einen Ersatzanspruch, der aber nach der Vorschrift des § 845 BGB. nur dem kraft Gesetzes Dienstberechtigten zustehen soll. Ferner würde der § 281 BGB., der die Abtretung eines für den Schuldner entstandenen Ersatzanspruches regelt, überflüssig sein, da der Verletzer dem Gläubiger schon nach § 823 Abs. 1 BGB. haften würde. Aus diesen Bestimmungen geht hervor, daß die Verletzung

1.) Kohler, a. a. O., S. 39, 156, 526.

2.) R. G. 57, S. 355; Leonhard, Bes. Sch. S. 547 und Genannte.

des Forderungsrechtes nicht unter den § 823 Abs. 1 BGB. fällt.

2.) Der Käufer könnte seinen Ersatzanspruch auch darauf stützen, daß durch den Abschluß des Vertrages und die Lieferung einer mangelhaften Sache sein Vermögen beschädigt worden sei. Aber die Verletzung des Vermögens fällt nicht unter den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB. 3.). Diese Folgerung ergibt sich einmal aus der Verbindung der beiden Begriffe „Eigentum" und „sonstiges Recht", durch die zum Ausdruck gebracht worden ist, daß nur subjektive Rechte in Betracht kommen. Ein subjektives Recht am Vermögen als Ganzem besteht aber nicht, sondern nur an den einzelnen Vermögensstücken. Für diese Ansicht sprechen ferner der Abs. 2 des § 823 und der § 826 BGB., die sonst fast überflüssig wären. Aus § 826 BGB. ergibt sich, daß nur eine vorsätzliche Vermögensbeschädigung geschützt werden soll. Es wäre außerdem unbillig, für jede fahrlässige Vermögensbeschädigung eine Haftung eintreten zu lassen und z. B. einen Angestellten, der die Geschäfte seiner Firma schlecht ausgeführt hat, auch dritten gegenüber, z. B. den Gläubigern seiner Firma, haften zu lassen. Daher fällt die Beschädigung des Vermögens nicht unter den § 823 Abs. 2 BGB.

B.) Der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB.

Eine Schadensersatzpflicht kann sich auch aus dem Absatz 2 des § 823 BGB. ergeben. Hierfür ist die Verletzung eines den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzes erforderlich. In der Lieferung mangelhafter Ware kann ein Betrug (§ 263 St. G. B.) liegen. Es fragt sich daher, ob der Betrug ein Schutzgesetz ist. v. Liszt 4.) will hierunter nur polizeiliche Vorschriften verstehen. Aber diese einengende Auslegung ist abzulehnen 5.). Denn eine Norm, die die Verletzung eines Rechtsgutes mit Strafe bedroht, dient auch dem Schutze eines andern. Dieser ist vielleicht hier noch größer als bei einem polizeilichen Gebot, das nur die Gefährdung zu hindern sucht. Daher enthält das Verbot des Betruges ein Schutzgesetz. Wenn seine Voraussetzungen — Täuschung über Tatsachen, Erregung eines Irrtums, Vermögensverfügung, Vermögensschaden und die

3.) Enneccerus-Lehmann, S. 726.

4.) a. a. O., S. 32.

5.) Enneccerus-Lehmann, S. 731.

Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen — vorliegen, so ist ein Schutzgesetz verletzt und ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB. gegeben.

C.) Der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB.

Ein Schadensersatzanspruch des Käufers kann sich auch auf § 826 BGB. stützen. Voraussetzung hierfür ist eine vorsätzliche Schadenszufügung, die in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erfolgt ist. Ob eine Schadenszufügung gegen die guten Sitten verstößt, ist nicht nach den Sonderanschauungen einzelner bestimmter Personen, sondern nach dem allgemeinen Volksempfinden und -Bewußtsein 6.) zu beurteilen. Diese Bedingung ist dann erfüllt, wenn eine arglistige Täuschung vorliegt 7.).

Wenn diese Schadenszufügung vorsätzlich erfolgt, dann besteht ein Schadensersatzspruch nach § 826 BGB.

6.) Enneccerus-Lehmann, S. 736; R. G. 48, S. 124; 55, S. 372; 58, S. 217; 63, S. 269.

7.) Enneccerus-Lehmann, S. 738; R. G. 63, S. 269.

6. Kapitel:

Konkurrenz mehrerer Ansprüche.

§ 10. Konkurrenz der Ansprüche aus Gewährleistung und Vertragsverletzung.

Wenn sich eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers gleichzeitig aus einem Gewährleistungsanspruche und einem Anspruche aus schuldhaftem vertragswidrigem Verhalten ergibt, so fragt es sich, ob beide Ansprüche nebeneinander in Betracht kommen können.

Es wird der Standpunkt vertreten 1.), daß die Gewährleistungsansprüche ausschließliche Geltung hätten. Diese Folgerung wird aus dem § 463 BGB. abgeleitet 2.), aus dem sich durch Umkehrschluß ergebe, daß nur unter besonderen Umständen Schadensersatz zu leisten sei. Dieser Schluß ist aber nicht überzeugend; denn man kann sagen, daß durch den § 463 BGB. neben der Haftung aus den allgemeinen schuldrechtlichen Gründen noch eine besondere geschaffen worden ist. Titze 3.) hält die Ausschließlichkeit der Gewährleistungsansprüche für rechtspolitisch begründet und es für beifallswert, daß der Käufer, dem ohne Verschulden des Verkäufers Rechte wie Wandlung, Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugebilligt werden, im Falle eines Verschuldens nicht alle sich daraus ergebenden Ansprüche erhält. Aber auch das ist nicht schlüssig. Im Gegenteil, wenn ein Käufer ohne Verschulden des Verkäufers schon derartige Rechtsbehelfe hat, so müssen ihm umsomehr bei einem Verschulden alle hieraus entspringenden Rechte zugebilligt werden. Daher ist diese Lehre abzulehnen und

1.) Eccius, S. 306; Jung, S. 721, Titze S. 277.

2.) Titze, a. a. O. S. 277.

3.) a. a. O. S. 277 Anm. 45.

derjenigen beizupflichten, 4.), die die Anwendbarkeit der allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen neben den Gewährleistungsansprüchen anerkennt. Hierfür sprechen die dringendsten Gründe der Billigkeit. Denn es würde sehr ungerecht gegenüber dem Käufer sein, wenn der Verkäufer, der eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung vorsätzlich herbeigeführt oder durch die vorsätzliche Lieferung von krankem Vieh den gesamten Viehbestand des Käufers vernichtet hat, nicht auf Schadensersatz haften würde, sondern nur mit einer etwaigen Rückgängigmachung oder einer Kaufpreisminderung rechnen müßte. In manchen Fällen würde wohl eine Haftung aus unerlaubter Handlung genügen, aber sie reicht nicht aus (§ 5 B.). Daher ist es gerechtfertigt, neben den Vorschriften über Sachmängel auch die allgemeinen Regeln über Forderungsverletzungen zuzulassen. Ihre Anwendung entspricht der Systmatik und dem allgemeinen Grundsatze des Gesetzes. Denn die Vorschriften des Allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse finden auch im Besonderen Teile Anwendung, und es ist nicht einzusehen, weshalb sie gerade bei dem wichtigsten Geschäfte, dem Kaufe, nicht zum Zuge kommen sollen. Sie sind nicht etwa durch die Gewährleistungsansprüche als die spezielleren Bestimmungen ausgeschlossen. Denn der Rechtsgrund der Haftung ist verschieden. Sie beruhen im Gegensatz zu diesen immer auf einem Verschulden.

Es fragt sich aber weiter, ob, wenn schon ein Schadensersatzanspruch nach § 463 BGB. gegeben ist, auch ein solcher wegen einer schuldhaften Forderungsverletzung besteht. Das Reichsgericht 5.) verneint diese Frage, da neben der Haftung wegen einer zugesicherten Eigenschaft kein Platz mehr sei für eine solche aus schuldhafter Forderungsverletzung. Dieser Ansicht ist aber nicht beizutreten. Denn es kommt im Gesetze oft vor, daß eine Ersatzpflicht sich auf mehrere Paragraphen stützen kann, ohne daß diese sich ausschließen. So macht sich jemand, der den Tatbestand des Betruges (§ 263 St. G. B.) erfüllt, u. U. nach § 823 Abs. 2 und § 826 BGB. ersatzpflichtig. Der entstehende Schaden kann allerdings nur einmal berechnet werden. So steht auch der Annahme, beide Ersatzansprüche nebeneinander zu gewähren, nichts im Wege, und daher ist die Lehre 6.), die diesen

4.) Enneccerus-Lehmann, S. 380; R. G. 53, S. 200.

5.) R. G. 53, S. 201, 202.

6.) v. Blume, a. a. O., S. 211.

Standpunkt vertritt, vorzuziehen, da auch hier der Rechtsgrund für die Haftung verschieden ist. Denn in dem einen Falle ist Verschulden erforderlich, während dies in dem anderen Falle nicht vorzuliegen braucht.

Gewährleistungsansprüche können also neben den Ansprüchen aus einer Vertragsverletzung bestehen.

§ 11. Konkurrenz der Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung.

Wenn der Käufer seinen Ersatzanspruch gleichzeitig auf einen Vertrag und eine unerlaubte Handlung stützen kann, so fragt es sich, ob Delikts- und Vertragsrecht nebeneinander zur Anwendung kommen kann. Eine Ansicht 1.) verneint dies schlechthin, eine andere 2.), (Theorie der Gesetzeskonkurrenz) will bei ein und demselben Anspruche auch nur einen Anspruch zur Entstehung kommen lassen, der in seinem Inhalte nach den Vorschriften beider Rechtsgebiete abzugrenzen ist, soweit nicht ein Gesetz als das speziellere das andere ausschließt. Dagegen nimmt eine andere Lehre 3.), (Theorie der Anspruchskonkurrenz) an, daß beide Ansprüche nebeneinander gegeben sind. Für sie spricht einmal die Analogie anderer gesetzlicher Bestimmungen. So kann der Eigentümer von demjenigen, der die Sache mit Gewalt weggenommen hat und noch besitzt, Herausgabe nach den §§ 985, 1007 und 861 BGB verlangen. Wenn also hier die verschiedenen Ansprüche aus Eigentum und Besitz nebeneinander zum Zuge kommen, so dürfte einer Konkurrenz zwischen Vertrags- und Deliktsansprüchen nichts im Wege stehen. Dadurch, daß der Täter einen eine Ersatzpflicht begründenden Vertrag geschlossen hat, hört seine Tat nicht auf, unerlaubte Handlung zu sein. Sie bleibt weiter Unrecht. Denn dieses kann dadurch nicht ausgeschlossen werden, daß noch eine besondere vertragliche Ersatzpflicht hinzugekommen ist. Diese wird durch den Vertrag nicht aufgehoben, sondern verstärkt. Wenn ein Vertragsschluß die Unrechtshandlung beseitigen würde, so hätte derjenige, der das ihm zur Verwahrung übergebene Buch sich zueignet, wohl den strafrechtlichen Tatbestand der Unterschlagung (§ 246 St. G. B) erfüllt, aber keine unerlaubte Handlung

---

1.) Endemann, 4. Aufl., S. 907; anders 9. Aufl., S. 1258.

2.) Hellwig, Anspruch S. 98.

3.) R. G. 88, S. 433; Enneccerus-Lehmann, S. 716 Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 627.

im bürgerlich-rechtlichen Sinne begangen. Aus allen diesen Gründen ist der Lehre von der Anspruchskonkurrenz beizupflichten.

Es fragt sich aber weiter, ob in allen Fällen beide Ansprüche zu gewähren sind. Oertmann 4.) will sie nur ausnahmsweise nebeneinander zulassen. Er lehnt die gleichzeitige Anwendbarkeit dann ab, wenn die Schadensentstehung in einem inneren Zusammenhange mit dem Vertragsverhältnisse steht oder durch eine Handlung erfolgt ist, zu der ihm das Vertragsverhältnis nur die Gelegenheit gibt. Im letzteren Falle kann allerdings von einer Konkurrenz nicht die Rede sein, weil eine Handlung vorliegt, die nur dem Deliktsrecht untersteht (823 BGB.) 5.). Im übrigen ist die Abgrenzung danach, ob die Schadensentstehung in einem solchen inneren Zusammmenhange steht oder nicht, willkürlich und ihre Durchführung oft praktisch unmöglich. So läßt sich bei einem vertragswidrigen Gebrauche der Mietsache ein solcher Zusammenhang bejahen; denn die Schadensentstehung ist bei Ausübung des durch den Mietvertrag gewährten Gebrauchsrechtes erfolgt; man kann ihn aber auch ebenso gut verneinen und sagen, daß nur ein durch den vertragsmäßigen Gebrauch entstandener Schaden in einem solchen inneren Zusammenhang steht.

Wegen der Unmöglichkeit, zu klaren Entscheidungen zu kommen, ist daher die Lehre Oertmanns abzulehnen und der Ansicht 6.) beizutreten, die für alle Fälle beide Ansprüche nebeneinander gewährt.

4.) Schuldrecht, 2. Abt. S. 1373, 1374, 1375.

5.) Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 368.

6.) R. G. 88, S. 433; Enneccerus-Lehmann, S. 716; Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 628.

Lebenslauf.

Am 14. Februar 1910 wurde ich als Sohn des Landwirts Christian Gemmecker und seiner im Jahre 1918 verstorbenen Ehefrau in Haxtergrund (Kreis Paderborn) geboren. Ich besuchte die Grundschulen in Viermünden (Kreis Frankenberg) und Corbach und von 1920 an das humanistische Landesgymnasium in Corbach, das ich im März 1929 nach bestandenem Abiturientenexamen verließ, um in Marburg und Bonn Rechtswissenschaft zu studieren.

Nachdem ich mein Studium einmal unterbrochen hatte, bestand ich am 25. November 1933 vor der Juristischen Prüfungskommission in Kassel die erste juristische Prüfung.

Seit dem 5. Januar 1934 bin ich als Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts in Kassel tätig. Meine mündliche Doktorprüfung legte ich am 2. Mai 1934 ab.